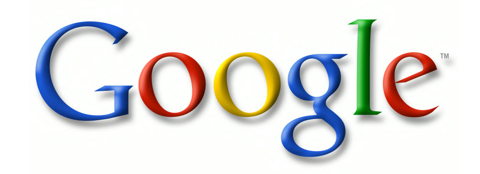
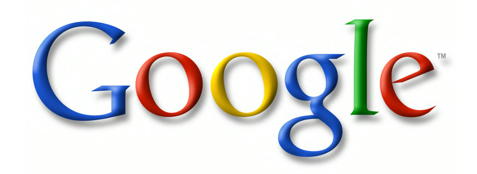










Vermischte Schriften

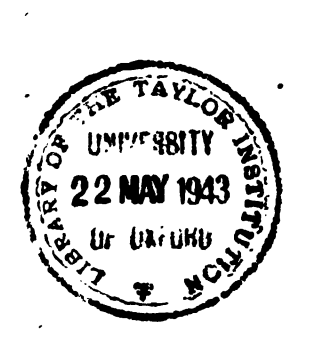
von

Friedrich Carl von Savigny.

Erster Band.

Berlin.
Bei Veit und Comp.

1850.



Vorrede.

Der Plan dieser Sammlung geht dahin, alle gedruckten Arbeiten in sich aufzunehmen, welche der Verfasser im Laufe eines halben Jahrhunderts außer und neben seinen größeren, selbstständigen Werken hat ausgehen lassen, also außer dem Recht des Besitzes, der Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, der Schrift vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, und dem System des heutigen Römischen Rechts.

Es sind daher neue Ausgaben, die hier vorgelegt werden. Bei der Einrichtung derselben war zwischen zwei verschiedenen Formen zu wählen. Das nach so langer Zeit neu Gedachte und Gefundene konnte mit dem Früheren zu einem Ganzen verarbeitet werden, wie es auch sonst bei neu

herausgegebenen Büchern gehalten zu werden pflegt. Es konnte aber auch die frühere Gestalt der einzelnen Schriften unverändert bleiben, so daß das Neue als selbstständiger Nachtrag daneben gestellt wurde.

Der Verfasser hat diesen zweiten Plan vorgezogen, ohne Unterschied, ob das Neue als Berichtigung, als Ergänzung, oder als Vertheidigung dienen sollte, vorausgesetzt nur, daß dasselbe die Gestalt selbstständiger Gedanken neben dem ursprünglichen Text anzunehmen geeignet war [1]).

Es ist zu erwarten, daß dieser Plan vielfachen Tadel erfahren wird von Seiten Derjenigen, die nur nach dem letzten Ergebniß jeder Untersuchung fragen, ohne die Entstehung und Ausbildung der Gedanken näher zu betrachten, und ich will daher einige Worte zur Rechtfertigung desselben hinzufügen.

Zuvörderst ist ein solches Verfahren entschieden zweckmäßig in solchen Fällen, worin eine an sich schwierige Untersuchung noch keinesweges zu einem

[1]) Es versteht sich daher von selbst, daß einzelne, kleine Zusätze zweckmäßiger dem alten Text sogleich beigefügt werden mußten.

sicheren Abschluß gediehen ist. Der in diesen Fällen noch fortgehende Gedankenprozeß wird unstreitig mehr gefördert durch die hier gewählte Form, als durch eine Form, welche den täuschenden Schein einer vollendeten Untersuchung mit sich führt. Ich rechne dahin die Abhandlungen Num. XIX. und XXXVI. der gegenwärtigen Sammlung.

Aber auch abgesehen von solchen besonderen Fällen, also auch da, wo dem Verfasser eine unzweifelhafte Ueberzeugung in einer vorgelegten Untersuchung beiwohnt, muß ich dennoch den gewählten Plan vertheidigen. Derselbe entspricht dem ganzen Charakter der vorliegenden Sammlung, da dieser seinem Wesen nach geschichtlich ist. Die Sammlung selbst gewährt einen Ueberblick über die fünfzigjährige Entwicklung unserer Rechtswissenschaft, woran der Verfasser einen oft nicht unthätigen, und stets warmen Antheil genommen hat. Für die sehr wenigen Leser, welche diesen langen Zeitraum in wissenschaftlichem Bewußtseyn mit durchlebt haben, kann die Vergegenwärtigung der vergangenen Zeit nicht ohne Interesse seyn. Und für die weit mehreren, deren eigene Erinnerung

nicht so weit aufwärts reicht, kann eine solche Sammlung theilweise den Eindruck des selbst Erlebten ersetzen.

Besonders aber in manchen Fällen, worin der Unterschied beider möglichen Pläne am merklichsten hervortritt durch die größere Ausdehnung der neuen Nachträge, wie in Num. XVI. und XVII. der Sammlung, hat der hier gewählte Plan entschiedene Vorzüge. In diesen Fällen nämlich wird die größere Ausdehnung dadurch veranlaßt, daß andere Schriftsteller denselben Gegenstand in bedeutenden Schriften neu bearbeitet haben, auf welche genau einzugehen der Verfasser nunmehr genöthigt gewesen ist. Der eigene Augenschein aber wird Jeden überzeugen müssen, daß Dieses zweckmäßiger durch abgesonderte Nachträge, als durch Einschaltung in die ursprünglichen Abhandlungen, geschehen konnte.

So wird also durch den hier befolgten Plan dem Leser zwar äußerlich und scheinbar ein größerer Aufwand von Zeit und Arbeit zugemuthet, in der That aber der Erwerb einer selbstständigen, gründlichen Ueberzeugung erleichtert.

Die einzelnen Stücke der vorliegenden Sammlung sind zunächst fachweise unter Acht Abtheilungen vertheilt, in jeder Abtheilung aber nach der Zeitfolge geordnet worden. Von beiden Regeln sind nur sehr wenige Ausnahmen eingetreten, da, wo der innere Zusammenhang zwischen zwei Abhandlungen auch die äußerliche Nachbarschaft für den Leser wünschenswerth erscheinen ließ.

Bei dem Rückblick auf den Entwicklungsgang unserer Rechtswissenschaft in diesen letzten Fünfzig Jahren ist besonders auffallend der Reichthum an neu entdeckten Quellen, nachdem hierin die vorhergehenden Zwei Jahrhunderte ganz arm gewesen waren. Diese Bereicherung aber ist nicht als reiner Glücksfall zu betrachten, da gerade die wichtigsten Entdeckungen durch absichtliches und eifriges Suchen herbeigeführt worden sind. Auch fielen dieselben auf den dankbarsten Boden, indem die regste Empfänglichkeit viele Kräfte vereinigte, um den neuen Gewinn unverzüglich zu verarbeiten und nutzbar zu machen. Dadurch besonders ist in dieser Zeit ein ungleich stärkerer Fortschritt mög-

lich geworden, als wir in früherer Zeit wahrnehmen. Man muß aber die Zeit jener neuen Entdekkungen mit erlebt haben, um die frische, lebendige Anregung ganz zu erkennen, die dadurch unserer Wissenschaft zu Theil wurde, und man muß zugleich bedenken, daß gerade zu derselben Zeit alle geistigen Kräfte ohnehin erhöht waren durch die dankbare Freude über den weggenommenen äußeren Druck, der so lange auf dem geliebten Vaterlande gelastet hatte. Das Andenken des ersten Eindrucks jener Entdeckungen ist in einigen Aufsätzen der vorliegenden Sammlungen (Num. XXVIII. XXIX.) erhalten worden.

Bei der gegenwärtigen Revision der von mir früher bearbeiteten Gegenstände kam es besonders darauf an, die in die Zwischenzeit fallenden Leistungen anderer Schriftsteller zu kennen und zu benutzen. Dabei ist mir vorzüglich der Rath meines Freundes Rudorff hülfreich gewesen, dem ich dafür hier öffentlich herzlichen Dank sage.

Geschrieben im Januar 1850.

Uebersicht

der ganzen vorliegenden Sammlung nach der Ordnung der Abtheilungen und der Bände.

Erster Band.

Erste Abtheilung.

Geschichte des Römischen Rechts.

I. Verbindung der Centurien mit den Tribus. 1805.
II. Entstehung und Fortbildung der Latinität. 1812.
III. Jus Italicum. 1814.
IV. Erste Ehescheidung in Rom. 1814.
V. Unzialeintheilung der Römischen Fundi. 1815.
VI. Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 1815.
VII. Beitrag zur Geschichte der Römischen Testamente. 1815.
VIII. Juristische Behandlung der Sacra privata. 1816.
IX. Literalcontract der Römer. 1816.
X. Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel. 1817.
XI. Lis vindiciarum. 1817
XII. Lex Cincia de donis et muneribus. 1818.
XIII. Zinswucher des M. Brutus. 1819.
XIV. Lex Voconia. 1820.

Zweiter Band.

Erste Abtheilung. (Forts.)

Geschichte des Römischen Rechts.

XV. Ueber den Römischen Colonat. 1822.
XVI. Römische Steuerverfassung unter den Kaisern. 1823.
XVII. Das Interdict Quorum bonorum. 1823.
XVIII. Schutz der Minderjährigen und Lex Plaetoria. 1831.
XIX. Das altrömische Schuldrecht. 1833.

Dritter Band.

Zweite Abtheilung.

Juristische Quellenkunde.

XX. Authenticae in den Institutionen. 1805.
XXI. Brenkmann's Papiere zu Göttingen. 1805.
XXII. Das Vaticanische Manuscript des Ulpian. 1813.
XXIII. Die handschriftliche Grundlage des Ulpian. 1838.
XXIV. Duaren's Handschrift des Ulpian. 1815.
XXV. L. 44. D. de don. int. vir. et ux. 1815.
XXVI. Zur Geschichte des lateinischen Novellentextes. 1815.
XXVII. Urkunde des sechsten Jahrhunderts. 1815.
XXVIII. Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts. 1816.
XXIX. Zur Erläuterung der Veronesischen Handschriften. 1817.
XXX. Cicero pro Tullio. 1823.
XXXI. Neu entdeckte Fragmente des Ulpian. 1836.
XXXII. L. 22. pr. D. ad municipalem. 1836.

XXXIII. Gesta Senatus vom Jahre 438. 1838.
XXXIV. Der Römische Volksschluß der Tafel von Heraklea. 1838.
XXXV. Die Decretale Super Specula. 1833.

Vierter Band.

Dritte Abtheilung.

Geschichte des Deutschen Rechts.

XXXVI. Rechtsgeschichte des Adels. 1836.

Vierte Abtheilung.

Criminalrecht.

XXXVII. De concursu delictorum formali. 1800.

Fünfte Abtheilung.

Gelehrtengeschichte.

XXXVIII. Zur Lebensgeschichte des Cujas. 1805.
XXXIX. Lettre sur l'histoire de Cujas. 1822.
XL. Der zehnte Mai 1788. 1838.
XLI. Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken. 1839.

Sechste Abtheilung.

Lehranstalten betreffend.

XLII. Recension von Schleiermacher über Universitäten. 1808.
XLIII. Wesen und Werth der Deutschen Universitäten. 1832.
XLIV. Juristischer Unterricht in Italien. 1828.

Fünfter Band.

Siebente Abtheilung.

Recensionen.

XLV. Hugo's Rechtsgeschichte Ausg. 2. 3. 1806.
XLVI. Griesinger's Suität. 1808.
XLVII. Seidensticker's Pandektenrecht. 1808.
XLVIII. Wolf's milde Stiftung Trajan's. 1809.
XLIX. Cramer tit. de verborum significatione. 1812.
L. Ulpiani fragmenta ed. Hugo. 1812.
LI. Jupille droit de la Possession. 1812.
LII. Gönner über Gesetzgebung. 1815.
LIII. Thémis T. 1. 2. 1820.

Achte Abtheilung.

Verfassung und Gesetzgebung betreffend.

LIV. Preußische Städteordnung. 1832.
LV. Reform der Preußischen Gesetze über die Ehescheidung. 1844.

Chronologische Uebersicht

der ganzen vorliegenden Sammlung.

		Band.	Nummer.
1800.	De concursu delictorum formali .	4	XXXVII.
1805.	Authenticae in den Institutionen	3	XX.
1805.	Brenkmann's Papiere zu Göttingen	3	XXI.
1805.	Verbindung der Centurien mit den Tribus	1	I.
1805.	Zur Lebensgeschichte des Cujas...	4	XXXVIII.
1806.	Rec. von Hugo's Rechtsgeschichte Ausg. 2. 3.	5	XLV.
1808.	Rec. von Schleiermacher's Universitäten	4	XLII.
1808.	Rec. von Griesinger's Suität.....	5	XLVI.
1808.	Rec. von Seidensticker's Pandektenrecht	5	XLVII.
1809.	Rec. von Wolf's milde Stiftung Trajan's	5	XLVIII.
1812.	Rec. von Cramer tit. de verborum significatione	5	XLIX.
1812.	Rec. von Ulpiani fragmenta ed. Hugo.........................	5	L.

1812. Rec. von Jupille droit de la Possession .... 5 LI.
1812. Entstehung und Fortbildung der Latinität .... 1 II.
1813. Das Vaticanische Manuscript des Ulpian .... 3 XXII.
1814. Jus Italicum .... 1 III.
1814. Erste Ehescheidung in Rom ...... 1 IV.
1815. Unzialeintheilung der Römischen Fundi .... 1 V.
1815. Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft .... 1 VI.
1815. Beitrag zur Geschichte der Römischen Testamente .... 1 VII.
1815. Duaren's Handschrift des Ulpian.. 3 XXIV.
1815. L. 44. D. de don. int. vir. et ux. 3 XXV.
1815. Rec. von Gönner über Gesetzgebung 5 LII.
1815. Zur Geschichte des lateinischen Novellentextes .... 3 XXVI.
1815. Urkunde des sechsten Jahrhunderts. 3 XXVII.
1816. Juristische Behandlung der Sacra privata .... 1 VIII.
1816. Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts .... 3 XXVIII.
1816. Literalcontract der Römer .... 1 IX.
1817. Zur Erläuterung der Veronesischen Handschriften .... 3 XXIX.
1817. Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel .... 1 X.
1817. Lis vindiciarum .... 1 XI.
1818. Lex Cincia de donis et muneribus 1 XII.
1819. Zinswucher des M. Brutus ..... 1 XIII.

1820.	Rec. von Thémis T. 1. 2.	5	LIII.
1820.	Lex Voconia	1	XIV.
1822.	Lettre sur l'histoire de Cujas.....	4	XXXIX.
1822.	Ueber den Römischen Colonat	2	XV.
1823.	Römische Steuerverfassung unter den Kaisern	2	XVI.
1823.	Das Interdict Quorum bonorum .	2	XVII.
1823.	Cicero pro Tullio	3	XXX.
1828.	Juristischer Unterricht in Italien..	4	XLIV.
1831.	Schutz der Minderjährigen und Lex Plaetoria	2	XVIII.
1832.	Preußische Städteordnung	5	LIV.
1832.	Wesen und Werth der Deutschen Universitäten	4	XLIII.
1833.	Die Decretale Super Specula	3	XXXV.
1833.	Das altrömische Schuldrecht....	2	XIX.
1836.	Rechtsgeschichte des Adels	4	XXXVI.
1836.	Neu entdeckte Fragmente des Ulpian	3	XXXI.
1836.	L. 22. pr. D. ad municipalem ...	3	XXXII.
1838.	Die handschriftliche Grundlage des Ulpian	3	XXII.
1838.	Gesta Senatus vom Jahre 438...	3	XXXIII.
1838.	Der Römische Volksschluß der Tafel von Heraklea	3	XXXIV.
1838.	Der zehnte Mai 1788...........	4	XL.
1839.	Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken	4	XLI.
1844.	Reform der Preußischen Gesetze über die Ehescheidung..............	5	LV.

Inhalt des ersten Bandes.

Erste Abtheilung. Geschichte des Römischen Rechts.

		Seite.
I.	Verbindung der Centurien mit den Tribus.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1805	1
	Nachtrag 1849	10
II.	Entstehung und Fortbildung der Latinität 1812	14
III.	Jus Italicum.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1814	29
	Nachträge 1842. 1849	57
IV.	Erste Ehescheidung in Rom 1814	81
V.	Unzialeintheilung der Römischen Fundi 1815	94
VI.	Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1815	105
VII.	Beitrag zur Geschichte der Römischen Testamente.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1815	127
	Nachtrag 1849	148
VIII.	Juristische Behandlung der Sacra privata.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1816	151
	Nachtrag 1849	200
IX.	Literalcontract der Römer.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1816. (1818)	205
	Nachtrag 1849	236
X.	Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1817	262
	Nachtrag 1849	285
XI.	Lis vindiciarum.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1817	292
	Nachtrag 1849	308
XII.	Lex Cincia de donis et muneribus.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1818	315
	Nachtrag 1849	380
XIII.	Zinswucher des M. Brutus.	
	Ursprüngliche Abhandlung 1819	386
	Nachtrag 1849	405
XIV.	Lex Voconia 1820	407

I.

Verbindung der Centurien mit den Tribus.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung stand zuerst in dem civilistischen Magazin von **Hugo**, Band 3, Heft 3 (1805), Num. XVI. — (Neue Auflagen und Ausgaben:

B. 3 „der drei ersten Hefte erste und zweite, des vierten Hefts erste Auflage" 1812.

B. 3 „zweite Ausgabe" 1829.)

Ich habe den Text derselben unverändert gelassen, um den damaligen Stand der Untersuchung zu bezeichnen. Am Schluß wird ein Nachtrag aus gegenwärtiger Zeit (1849) folgen.

Seitdem das römische Volk für die Geschichte bedeutend zu werden anfängt, liegen allen seinen Verhandlungen zwei Eintheilungen zum Grunde, welche zwei verschiedenen Arten von Volksversammlung den Namen gegeben haben: die Eintheilung in **Tribus**, und die in **Centurien**.

Die Organisation nach Tribus gründete sich ursprünglich auf die Abstammung, es waren dieser Tribus nur drei, und sie bezogen sich bloß auf den Kriegsdienst: Romulus wird als Urheber dieser Einrichtung genannt. [1])

Servius änderte die Eintheilung selbst, ohne ihr eine neue Bestimmung zu geben: sie wurde jetzt auf die Wohnungen gegründet, und die Zahl der Tribus wurde beträchtlich vermehrt. [2]) In der Folge stieg sie bis auf 35, [3]) und diese Einrichtung kann als definitiv betrachtet werden, denn die acht oder zehn neue Tribus, die man nach dem Socialkrieg hinzufügte, wurden sehr bald unter die alten vertheilt, so daß bei Cicero und Livius immer nur von 35 Tribus die Rede ist. [4]) Die Bestimmung der Tribus war um Vieles wichtiger geworden, seitdem die plebs fast gleiche Rechte mit dem populus erhalten hatte: da nämlich in den Tribus unter andern auch alle Plebejer enthalten waren, so konnte man die Eintheilung, die nicht für sie allein gemacht war, dennoch auf sie anwenden, und so entstanden comitia

[1]) *Dionys.* IV. 14. *Livius* X. 6. „tres antiquae tribus, Ramnes, Titienses, Luceres."

[2]) *Dionys.* IV. 14. 15, welcher selbst ganz verschiedene Zahlen angiebt; s. *d'Arnaud* var. conject. II. 8.

[3]) Wahrscheinlich im J. 378. *Livius* VI. 5, s. *d'Arnaud* l. c.

[4]) *Sigon.* de jure Italiae III. 1.

tributa, d. h. eine Versammlung — nicht der 35 Tribus, sondern der Plebejer, die sich in diesen Tribus fanden.

Die Organisation der Centurien rührte von Servius her, und war gleich Anfangs viel wichtiger, aber auch viel künstlicher als die der Tribus. Alle Bürger waren nach der Verschiedenheit ihres Vermögens in sechs Classen vertheilt, und unter diesen Classen waren gegen 200 Centurien enthalten. [1]) Jede Centurie hatte in der Versammlung des populus Eine Stimme, und die Lasten des Staats waren unter alle gleich vertheilt. Allein die erste Classe enthielt mehr als die Hälfte von allen Centurien, so daß nun eine Aristokratie der Reichen constitutionell organisirt war.

Diese Centurien nun hatten mit jenen Tribus ganz und gar Nichts gemein, und können auf keine Weise als Theile derselben betrachtet werden, welches schon aus einer Vergleichung der Zahlen erhellt, und durch eine Stelle des Livius bestätigt wird. [2]) Ganz anders verhält es sich seit den letzten Zeiten der Republik, und vielleicht schon viel früher. Jetzt ist in

[1]) Nach Dionys (IV. 16—18.) 193, nach Livius (I. 43.) entweder 191 oder 194: seine Bestimmung der 5ten Classe nämlich ist undeutlich.

[2]) *Livius* I. 43. „Neque hae tribus ad centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinuere."

den centuriatis comitiis selbst von Tribus die Rede,[1] ja Cicero nennt die Centurie ausdrücklich „unius tribus partem.“[2] Da nun die Tribus seit den Zeiten des Servius nicht mehr ganz neu organisirt, sondern nur um einige vermehrt wurden, und da selbst die volle Zahl derselben nicht tauglich ist, die oben beschriebenen Centurien als Unterabtheilungen derselben zu erklären, so muß nothwendig angenommen werden, daß in der Einrichtung der Centurien eine wesentliche Aenderung vorgenommen worden sei. Auch sagt Dieses Livius ausdrücklich,[3] und eben diese neue Einrichtung, die von ihm sehr kurz und sehr dunkel bezeichnet wird, soll hier angegeben und bewiesen werden.

Jede Tribus erhält nach dieser neuen Verfassung aus jeder Classe zwei Centurien, nämlich Eine Centurie juniores und Eine seniores: dies ist die Regel, welche dabei zum Grunde liegt und nun bewiesen werden soll. Neben dieser Regel aber ist noch auf zwei Umstände Rücksicht zu nehmen: auf die equites, welche nun noch hinzugerechnet werden müssen, und auf die sechste Classe, welche von der Regel selbst wieder eine Ausnahme macht.

[1]) *Cicero* Planc. 20, in Rullum II. 2, *Ascon.* in act. I. in Verrem C. 9, *Livius* V. 18, *Suetonius* in Octav. 56.

[2]) *Cicero* Planc. 20.

[3]) *Livius* I. 43.

Der erste Beweis der Regel liegt in der angeführten Stelle des Livius:[1] „Nec mirari oportet, hunc ordinem, qui nunc est, post expletas 35 tribus duplicato earum numero centuriis juniorum seniorumque, ad institutam a Servio Tullio summam non convenire“ . . . d. h. „es darf nicht auffallen, daß die heutige Anzahl der Centurien mit der von Servius angeordneten nicht übereinstimmt: denn nachdem die Tribus bis auf 35 angewachsen waren, hat man auch die Centurien auf die Weise vermehrt, daß man auf jede Tribus zwei Centurien, juniores und seniores nämlich, gerechnet hat.“ Diese Bestimmung trifft mit der oben angegebenen ganz überein, nur sagt Livius nicht, daß diese 70 Centurien auch wieder für jede Classe besonders gerechnet werden müßten: allein gerade dieser Theil der ohnehin bekannten Einrichtung konnte am leichtesten stillschweigend vorausgesetzt werden, da es sich von selbst verstand, daß die Centurien immer Theile der Classen sein mußten, und da hier nur Das erklärt werden sollte, wie sie mit den Tribus in Verbindung gekommen seien.

Der zweite Beweis jener Regel liegt in der Benennung, wodurch Livius in verschiedenen Stellen die praerogativa centuria bezeichnet: er nennt die Tribus, zu welcher sie gehörte, nur mit dem Zusatz „juniores“

[1]) *Livius* I. 43.

oder „seniores.“ [1]) Diese Bezeichnung paßt vollkommen zu jener Regel, denn das Einzige, was man nun noch hätte wissen müssen, um die Centurie genau zu kennen, war ihre Classe, und es verstand sich in dieser Zeit ohnehin von selbst, daß die praerogativa centuria nur aus der ersten Classe genommen werden durfte. [2])

So enthält demnach die erste Classe, wie die übrigen, 70 Centurien: aber zu diesen müssen nun noch die equites hinzugefügt werden. Für diese sind aber wieder, damit sie zu jener Einrichtung passen, entweder 35 oder 70 Centurien (35 juniores und 35 seniores) anzunehmen. Welches von Beiden das Richtige sei, kann nur durch eine allgemeine Bemerkung über die Verfassung der Ritter entschieden werden. Man unterscheide nämlich den *ordo equester* von den *centuriis equitum*: nur von diesen letzten kann in der Volksversammlung die Rede sein, sie wurden von dem Censor aus dem ordo equester ausgewählt und waren insgesammt juniores, so daß

[1]) *Livius* XXIV. 7. 8. „Aniensis juniorum.“ XXVI. 22. „Veturia juniorum“ (mit der dazu gehörigen „Veturia seniorum“). XXVII. 6. „Galeria juniorum.“

[2]) Erst Gracchus ließ alle Classen zum Loos für die praerogativa zu. *Sallust.* ad Caesarem de repub. ord. II. 8. — Darum behauptet auch Dionys (IV. 20.) allgemein die Succession der Classen, welches außerdem gerade bei der so entscheidenden praerogativa falsch gewesen wäre.

sie also nur 35 Centurien ausmachen konnten. Folgende Stelle des Q. Cicero [1]) spricht jenen Gegensatz sehr deutlich aus: „Jam *equitum centuriae* multo facilius mihi diligentia posse teneri videntur. Primum cognoscendi sunt equites: pauci enim sunt; deinde adipiscendi: multo enim facilius *illa adolescentulorum aetas* ad amicitiam adjungitur.... Tum autem quod *equester ordo* tuus est, sequentur *illi* auctoritatem *ordinis*."

In der sechsten Classe war ursprünglich nur Eine Centurie enthalten, so daß die ganz armen Bürger (proletarii und capite censi) an der gesetzgebenden Gewalt beinahe gar keinen Antheil hatten, dafür aber auch vom Kriegsdienst und von Abgaben frei waren. Die oben angegebenen Beweisstellen für die neue Einrichtung führen zwar gar nicht auf die Fortdauer dieser Zurücksetzung der letzten Classe: allein diese Fortdauer läßt sich dennoch mit Wahrscheinlichkeit behaupten, indem auch in späteren Zeiten die ganz Armen nur in außerordentlichen Fällen Kriegsdienste leisten mußten.

Das Resultat dieser Untersuchung für die Anzahl und Vertheilung der Centurien läßt sich in folgender

[1]) *Q. Cicero* de petit. consulatus C. 8. p. 225. 226. ed. Hag. 1725. 8. epp. Cic. ad Q. fratrem.

Tabelle [1]) übersehen:

Erste Classe:	equites	35	Centurien	105
	juniores	35	„	
	seniores	35	„	
Zweite Classe:	juniores	35	„	70
	seniores	35	„	
Dritte Classe:	juniores	35	„	70
	seniores	35	„	
Vierte Classe:	juniores	35	„	70
	seniores	35	„	
Fünfte Classe:	juniores	35	„	70
	seniores	35	„	
Sechste Classe:	— —	1	„	1
				386

Nur wenige unter den neueren Schriftstellern haben auf diese Veränderung Rücksicht genommen, und auch diese haben entweder die neue Einrichtung unerklärt gelassen oder bei der Erklärung sich in auffallende Widersprüche verwickelt. [2]) Die meisten neh-

[1]) Dabei ist aber zu bemerken, theils daß auf die Zurücksetzung der vier tribus urbanae, in welchen schwerlich Bürger aus der ersten Classe waren, noch keine Rücksicht genommen ist (ERNESTI *cl. Cic. v.* TRIBUS), theils daß die Eintheilung in seniores und juniores doch auch wohl nicht auf alle fünf Classen gegangen sein kann. Wenigstens in der Organisation von Servius erwähnt sie Livius nur bei den drei ersten. H. (Anmerkung von Hugo.)

[2]) S. z. B. *Sigon.* de ant. j. civ. I. 4. vergl. mit: de j. provinc. III. 3. *Gruchius* de comitiis I. 4. *Gronov.* Obs. IV. 1.

men gar keine Notiz davon und behandeln die Einrichtung des Servius so, als ob sie zu allen Zeiten gegolten hätte. Nur an Einem Orte findet sich der größte Theil der hier gelieferten Erklärung angedeutet, aber so kurz und so undeutlich, daß auch nicht Ein späterer Schriftsteller darauf Rücksicht genommen hat, und daß eine neue Entwicklung derselben gewiß nicht für überflüssig gelten kann: Octavius Pantagathus ist der Urheber dieser Erklärung, Augustin theilte sie dem Fulvius Ursinus mit, und dieser machte sie bekannt. [1])

Das Interesse dieser Untersuchung für die Römische Geschichte ist nicht gering. Es folgt daraus, daß das Uebergewicht der Reichen in der Versammlung des populus, welches in der Constitution des Servius gegründet war, schon sehr frühe fast ganz aufgehört hat. Nimmt man hinzu, daß selbst der census der ersten Classe bei dem zunehmenden Reichthum bald sehr gering war, und daß auch bei der Vertheilung der Bürger in Tribus oft aristokratische Rücksichten genommen wurden, so kann der Gegensatz der beiden Arten von Comitien nicht mehr so sehr in der Composition der Comitien, als in ihrer Direction gelegen haben, und diese Bemerkung führt auf das

[1]) Sie steht abgedruckt in den Noten der Drakenborch'schen Ausgabe des Livius, zu lib. I. cap. 43.

Bedürfniß einer genaueren Geschichte der politischen Parteien in Rom, wozu wir bis jetzt höchstens Bruchstücke aufzuweisen haben.

Nachtrag 1849.

Lange nachdem die vorstehende Abhandlung geschrieben war, ist durch eine Stelle des neu entdeckten Werks von Cicero de re publica (II. 22.) ein wichtiges Quellenzeugniß für diese Untersuchung hinzu getreten, das jedoch durch seinen sichtbar verdorbenen Text die schon früher vorhandenen Zweifel vielmehr erweitert, als beseitigt hat.

Ich will hier vorzugsweise auf folgende neuere Schriften aufmerksam machen.

Niebuhr über die Nachricht von den Comitien der Centurien. Bonn 1823.

Niebuhr Römische Geschichte Th. 3. 1832. S. 382. 390. 394. 400.

Huschke Verfassung des Servius Tullius. 1838. Kap. 12, besonders S. 619.

Puchta Cursus der Institutionen B. 1. Ausg. 2. 1845. §. 61.

Mommsen Die römischen Tribus. 1844. Kap. 2. §. 1 — 7, besonders S. 92.

Huschke Recension der vorstehenden Schrift (1844) in Richter's Jahrbüchern B. 18 S. 581 bis 644, besonders S. 635.

Die Hauptgegensätze der Meinungen, die sich in neuerer Zeit gezeigt haben, sind etwa folgende.

Man hat versucht, die Stelle des Cicero theils auf die reine Verfassung des Servius, theils auf die spätere Umbildung derselben, zu beziehen, so daß sie Stücke beider Verfassungen erwähnte. Diese Meinung kann jedoch am entschiedensten verworfen werden; es ist vielmehr anzunehmen, daß jene Stelle lediglich von der Zeit des Servius spricht, also für die Kenntniß der umgebildeten Verfassung gar Nichts beiträgt.

Für die umgebildete Verfassung nun wird allgemein anerkannt, daß die Centurien Theile der Tribus geworden sind, und zwar in der Art, daß jede der 35 Tribus zwei Centurien (seniorum und juniorum) enthält, die Zahl der 35 Tribus also, nach dem deutlichen Ausdruck des Livius, verdoppelt erscheint. Wie aber diese Verdoppelung zu denken ist im Verhältniß zu den alten Servianischen Classen, darüber gehen die Meinungen noch sehr auseinander.

Nach der einen Meinung sind in dieser neueren

Verfassung die alten Classen ganz verschwunden (Niebuhr. Puchta). Hiernach besteht nunmehr das ganze Volk aus achtzehn Rittercenturien (wie früher) und siebenzig Tribuscenturien, zusammen acht und achtzig. Man könnte nunmehr hieraus zwei Classen bilden, die aber mit den früheren Classen Nichts gemein hätten.

Nach der anderen Meinung sollen sich die alten Fünf Classen auch in dieser umgebildeten Verfassung sichtbar erhalten haben. Und auch Dieses wird wiederum auf zweierlei Weise gedacht.

Erstlich so, daß jede der Fünf Classen siebenzig Tribuscenturien enthielt, und außerdem die erste Classe noch achtzehn Rittercenturien, welches eine Totalsumme von 368 Centurien giebt, wozu dann noch eine kleine Zahl von Zusatzcenturien hinzu kommt (Mommsen). Diese Meinung unterscheidet sich in dem Resultat nur wenig von der, in der vorstehenden Abhandlung dargestellten Meinung des Pantagathus.

Zweitens so, daß sämmtliche siebenzig Tribuscenturien unter die Fünf Classen vertheilt waren, jede Classe also eine Anzahl jener Centurien in sich schloß. Die Vertheilung aber soll geschehen seyn auf die Weise, daß die erste Classe (mit Einschluß der Ritter) acht und dreißig Centurien enthielt, die zweite, dritte, vierte, jede acht, die fünfte sechs und

zwanzig Centurien (Huschke). Diese Meinung nimmt also, gleich der zuerst erwähnten, die Totalsumme von acht und achtzig Centurien an.

Neben diesen Gegensätzen aber, und unabhängig von denselben, ist noch Folgendes zu beachten. Eine unveränderte Erhaltung der Servianischen Verfassung wurde nach einigen Jahrhunderten schon durch die völlig veränderten Vermögensverhältnisse in der Römischen Nation unmöglich. Der ursprüngliche Census der ersten Classe war in der späteren Zeit ein so geringes Vermögen geworden, daß die Erhaltung dieses Buchstabens den Geist der alten Verfassung getödtet hätte. Hierüber sind auch Alle einig, und ohne Zweifel hat diese Veränderung zu der Umbildung der Verfassung vorzugsweise beigetragen. Auch Diejenigen also, welche eine Fortdauer der alten Classen in und neben den neuen Tribuscenturien annehmen, behaupten doch, daß die Vermögensgränzen der Classen wesentliche Aenderungen erfahren haben müssen. Diese Aenderungen aber genau und vollständig zu ermitteln, ist kaum eine Hoffnung vorhanden, obgleich einzelne Nachrichten von Censussummen aus späterer Zeit für manche Stände allerdings vorhanden sind.

II.

Ueber die Entstehung und Fortbildung der Latinität als eines eigenen Standes im Römischen Staate.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 3ten December 1812.

Erste Ausgabe, Abhandlungen der Akademie aus den Jahren 1812 und 1813, Berlin 1816. 4. S. 201 bis 208 der historisch-philologischen Abhandlungen.

Zweite Ausgabe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 5 Heft 2. 1823. Num. V. S. 229 bis 241.

Die hier vorliegende Ausgabe also ist die dritte.

Die gegenwärtige Abhandlung wird stets den Charakter einer Hypothese behalten, und es ist dabei in sofern vorzugsweise zu beachten die innere Wahrscheinlichkeit und der Zusammenhang mit anderen, sicheren geschichtlichen Thatsachen. Diesen Zusammenhang habe ich in einer neueren Arbeit nachzuweisen gesucht. (Tafel von Heraklea Abschn. II. Note z, s. u. B. 3 Num. XXXIV.)

Eine englische Bearbeitung dieses Aufsatzes (zugleich mit dem folgenden, Num. IV, über das jus Italicum) findet sich in dem philological Museum N. 1. Cambridge 1831. p. 150—173 unter dem Titel: On the origin growth of the Latini as a peculiar class in the Roman state and on the jus Italicum from the German of Savigny.

Vorbemerkung zur zweiten Ausgabe.

(Zeitschrift V, 2. 1823.)

Die in der königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin vorgelesenen Abhandlungen sind, den Statuten nach, zunächst Eigenthum der Akademie, von welcher dieselben in einer fortlaufenden Sammlung herausgegeben werden. Sind jedoch fünf Jahre von der Erscheinung eines Bandes dieser Sammlung verflossen, so fällt das Eigenthum der darin enthaltenen Abhandlungen an die Verfasser zurück. Jene Sammlung ist überhaupt wenig verbreitet, und im juristischen Publikum gewiß am wenigsten. Ich werde daher einige Abhandlungen, die ich vor längerer Zeit in der Akademie gelesen habe, in der Zeitschrift von Neuem abdrucken lassen. Die Abhandlung, womit ich hier den Anfang mache, ist im gegenwärtigen Abdruck unverändert geblieben.

Unter den verschiedenen Systemen, woraus das Leben eines Staates hervorgeht, ist das der öffentlichen

Gewalten, weil es stets handelt und erscheint, am leichtesten zu erkennen; verborgener ist das System der bürgerlichen Stände, wie denn überall über die Bedeutung derselben, noch mehr aber über ihre Entstehung und Entwicklung, sichere Rechenschaft zu geben, zu den schwersten Aufgaben des Geschichtsforschers gehört. Soll eine Untersuchung dieser Art einen sichern Gang gehen, so muß vor Allem ein bestimmter Zeitpunkt als Anfang der Untersuchung angenommen werden: wo derselbe angenommen werde, ob in früher oder später Zeit, ist im Allgemeinen gleichgültig, wenn nur alles Frühere und alles Spätere auf eine kritische Weise an jenen bekannten Punkt angeknüpft wird. Denn Das hat namentlich in den Römischen Alterthümern die größte Verwirrung angerichtet, daß man sich durch die Einheit eines Namens über die gänzliche Verschiedenheit der Gegenstände hat täuschen lassen, so wie gerade in unserm Falle Nichts gewöhnlicher ist, als die Bürger der alten latinischen Nation mit den Latinen, welche Justinian aufgehoben hat, für Personen gleicher Art zu halten.

Ich wähle zum Anfang meiner Untersuchung das Zeitalter des Ulpian, indem in den Fragmenten desselben mit einer Klarheit und Bestimmtheit, wie bei keinem andern Schriftsteller, von der Sache geredet wird. Seine Theorie ist diese:

1. Es giebt drei Stände der freien Einwohner des Römischen Staates: Cives, Latini, Peregrini.
2. Diese Stände unterscheiden sich durch größere oder geringere Fähigkeit im Erwerb bürgerlicher Rechte.
3. Civis heißt Derjenige, welcher die höchste Rechtsfähigkeit hat.
4. Der Peregrinus ist unfähig zu allen streng Römischen Rechtsverhältnissen, d. h. zu connubium und commercium, fähig zu Allem, was das jus gentium giebt, also zu Kauf, Miethe und andern Contracten.
5. Der Latinus bildet zwischen beiden eine Mittelstufe. Gleich dem Peregrinus entbehrt er das connubium, d. h. die Fähigkeit zu einer Römisch gültigen Ehe, und die darauf gegründete väterliche Gewalt und Agnation. Gleich dem civis hat er das commercium, d. h. die Fähigkeit zu quiritarischem Eigenthum und zu den Handlungen, welche sich auf dieses beziehen: vindicatio, cessio in jure, mancipatio oder nexum.
6. Da die Testamente durch ein nexum gemacht werden, so hat der Latinus gleich dem Civis die testamentifactio, d. h. er kann selbst (wenn kein anderes Hinderniß obwaltet) ein Testament in Römischer Form machen, kann in einem

Römischen Testament zum Erben ernannt, oder dabei als Zeuge gebraucht werden.

7. Von diesen Regeln giebt es Ausnahmen, indem ein einzelner Latinus oder Peregrinus durch Dispensation eine Rechtsfähigkeit erlangen kann, die er Kraft seines Standes nicht haben würde, eben so aber auch gegen die Regel seines Standes herunter gesetzt werden kann.

Diese Sätze liegen in folgenden Stellen der Fragmente des Ulpian, wozu ich nur Weniges durch unvermeidliche Folgerung hinzugefügt habe:

Tit. 5. §. 4. Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis autem, et Peregrinis ita, si concessum sit.

Tit. 19. §. 4. Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios, Latinosque Junianos, eosque Peregrinos, quibus commercium datum est.

Tit. 20. §. 8. Latinus Junianus et familiae emtor, et testis, et libripens fieri potest: quoniam cum eo testamentifactio est.

Tit. 11. §. 16. Latinus habet quidem testamentifactionem . . .

Fragen wir nun nach der Entstehung jener drei Stände, so sind wir für zwei derselben sogleich aller Arbeit überhoben. Die Civität ist so alt, als die

Römische Nation selbst, d. h. der Begriff und das Recht derselben ist entstanden mit der Verschmelzung der Patricier und Plebejer zu Einem Volke. Die Peregrinität hingegen in dem oben bestimmten Sinn entstand, sobald irgend ein Staat dem Römischen Volke unterworfen wurde, ohne zugleich Civität zu erlangen: ja derselbe Begriff und dasselbe Recht wurde zuverlässig von den ältesten Zeiten an auf die Bürger aller fremden Staaten angewendet, mit welchen Rom in einem Foedus stand. Sonach ist nur noch die Entstehung des Mittelstandes der Latinen zu untersuchen.

Den Namen derselben, genau als Bezeichnung dieses Rechts gebraucht, finden wir zuerst im Jahre der Stadt 771 in der Lex Junia Norbana. Hier wurde der unfeierlichen Freilassung zuerst gesetzlich die Wirkung wahrer Freiheit beigelegt: nur sollte der so Manumittirte anstatt der Civität unsere Latinität erhalten. Ja, auch von dieser Latinität wurden ihm zugleich die wichtigsten Vortheile einzeln und ausnahmsweise entzogen; denn obgleich er testamentifactio hatte, war ihm doch speciell verboten, ein Testament zu machen, aus einem fremden Testamente die Erbschaft wirklich zu erwerben, oder zum Vormund ernannt zu werden. Um diese Eigenthümlichkeiten zu bezeichnen, wodurch er sich zu seinem großen

Nachtheil von jedem andern Latinus unterschied, nannte man ihn Latinus Junianus. Man könnte versucht seyn, diese ganze Anordnung für eine Spielerei zu halten, indem diesem Latinus das Meiste und Wichtigste, was man ihm im Allgemeinen gab, wiederum einzeln genommen ward. Allein dieser Vorwurf verschwindet, weil ohne Zweifel das Gesetz auf die Nachkommen des Freigelassenen berechnet war. Diese waren Freigeborne und im vollen Genuß der Latinität, die nur der gewesene Sclave selbst auf eine höchst beschränkte Weise haben sollte. In der Lex Junia Norbana also ist unsre Latinität keinesweges erfunden, sondern vielmehr als eine so bekannte Rechtsform vorausgesetzt, daß man sie sogar da als Bezeichnung gebrauchte, wo doch nicht sie selbst, sondern nur eine Modification derselben eintreten sollte.

Indem ich jetzt weiter zurückgehe bis zur Zeit des Cicero, muß ich vorerst den Namen der Latinität von der Sache selbst trennen, um mich ausschließend an die Sache zu halten: auf den Namen werde ich später zurückkommen. Den Begriff und das Recht der Latinität nämlich, welches so eben aus Ulpian und der Lex Junia Norbana dargestellt worden ist, finden wir vollständig in einer höchst merkwürdigen Stelle des Cicero (pro Caecina C. 35). Cäcina, für welchen Cicero redet, leitete das Eigenthum eines

Grundstücks aus dem Testament der vorigen Eigenthümerin her, worin er zum Erben eingesetzt war (C. 6). Der Gegner behauptete, dieser Erbschaft sei Cäcina unfähig (C. 7. 32), da er Bürger von Volterra sei, Volterra aber durch Sylla die Civität verloren habe. Darauf anwortet Cicero:

> Sulla ipse ita tulit de civitate, ut non sustulerit horum nexa atque hereditates: jubet enim eodem jure esse, quo fuerint Ariminenses: quos quis ignorat duodecim coloniarum fuisse, et a civibus Romanis hereditates capere potuisse?

Also gab es ein sehr bekanntes Recht der zwölf Colonieen mit Einschluß von Rimini, und dieses Recht war zwar nicht Civität, enthielt aber 1. das nexum, welches oben als Grundcharakter der Ulpianischen Latinität dargethan worden ist, 2. die Erbfähigkeit. Bei der Allgemeinheit des Ausdrucks hereditas könnte man versucht sein, nicht bloß an Testamente, sondern auch an gesetzliche Erbfolge zu denken. Allein diese hereditas legitima beruht auf Agnation, Agnation aber setzt connubium voraus, und hätten sie auch dieses gehabt, so wäre ihnen in der That kein wesentliches Stück der Civität entzogen gewesen, was doch allerdings die Absicht des Sylla war. Zudem war in dem Rechtsfall des Cäcina ausdrücklich von einem Testamente die Rede. Demnach ist die Erb=

fähigkeit der zwölf Colonien gleichbedeutend mit testamentifactio, welche gleichfalls unter den Charakteren der Ulpianischen Latinität oben nachgewiesen worden ist. Unter den bekannten Erklärern der Ciceronischen Reden findet sich ein Jurist, Hotman, der gerade bei den juristischen Stellen nicht selten, und so auch hier, Dinge vorbringt, die nicht nur falsch, sondern völlig unbegreiflich sind. Er bezieht nämlich die Erbfähigkeit bei Cicero nicht, wie er sollte, auf die Möglichkeit, in einem Testamente zum Erben ernannt zu sein, sondern auf das Recht, die Erbschaft anzutreten; diese Antretung sei eine feierliche Handlung gewesen, nämlich eine cessio in jure. Da nun, wie er selbst hinzu setzt, zu jeder cessio in jure außer der Person, welche erwirbt, noch eine zweite Person nöthig ist, welche cedirt, so muß man voraussetzen, der Todte sei aus dem Grabe erstanden, um diese Solennität begehen zu helfen.

Das Merkwürdigste in der Stelle des Cicero ist die Hindeutung auf das Recht der zwölf Colonieen, zu welchen Rimini gehörte; in diesen Colonieen muß der Ursprung der Ulpianischen Latinität, d. h. jener Mittelstufe bürgerlicher Rechtsfähigkeit, zu suchen sein. Der Einzige, bei welchem ich eine Vermuthung über diese zwölf Colonieen gefunden habe, ist Manutius: er versteht darunter die, welche im Jahre 632 durch

eine lex Livia beschlossen wurden, und wodurch der Senat den C. Gracchus in der Volksgunst überbieten wollte. Da aber keine Spur vorhanden ist, daß diese Colonieen jemals zur Ausführung gekommen sind, und da Rimini im Jahre 486 gegründet war, so ist diese Vermuthung sogleich zu verwerfen. Ich will es versuchen, eine andere Erklärung an die Stelle zu setzen, wobei ich mich auf Livius XXVII. 9. 10 beziehe.

Im Hannibalischen Kriege, im Jahre d. St. 545, ereignete es sich, daß von den dreißig lateinischen Colonieen, welche unter Römischer Herrschaft standen, zwölf den Kriegsdienst versagten. Dieser Abfall erregte in Rom die größte Bestürzung, und man war auch der achtzehn übrigen Colonieen wegen sehr besorgt. Als aber diese ihre treue Anhänglichkeit erklärten, konnten die Römer nicht aufhören, ihnen ihre Freude und Dankbarkeit zu bezeigen. Nachdem die Consuln den Gesandten gedankt hatten, wurden diese in den Senat geführt, um auch hier von allen Seiten das Lob ihrer Treue zu hören, und zuletzt mußten sie dem Volk vorgestellt und hier von Neuem öffentlich gerühmt werden. Hier und an zwei Stellen (XXIX. 15. 37) spricht Livius von der Bestrafung der untreuen Colonieen; bei den treuen erwähnt er blos des Lobes, keiner Belohnung. Dürfte man

nun annehmen, daß diese Belohnung in dem ersten Schritte zur Civität (dem commercium mit seinen Folgen) bestanden hätte, so wäre die Entstehung der Ulpianischen Latinität gefunden, und die Stelle des Cicero wäre völlig erklärt.

Dagegen scheint zu streiten die Verschiedenheit der Zahlen, welche bei Cicero und Livius vorkommen, indem jener von dem Recht der zwölf Colonieen spricht, dieser aber achtzehn treue Colonieen erwähnt. Deshalb ist es nothwendig, die Zahl bei Cicero zu emendiren, und duodeviginti statt duodecim zu setzen, welcher Schreibfehler bei bloßen Zahlzeichen (XIIX) ungemein leicht entstehen konnte.

Für meine Annahme, also auch für die Nothwendigkeit dieser Emendation, sprechen aber zwei Gründe. Erstlich, daß Rimini, welches Cicero unter den zwölf Colonieen von besonderem Recht anführt, bei Livius ausdrücklich unter den treuen Städten aufgeführt wird. Zweitens, daß die Begebenheit bei Livius wichtig genug ist, um eine neue Rechtsform zu begründen, zugleich auch wichtig genug, um im Andenken des Volks so fortzuleben, daß Cicero daran, wie an eine allgemein bekannte Sache, nur zu erinnern brauchte.

Diese Entstehung als wahr vorausgesetzt, will ich jetzt versuchen, das neue Recht in seiner Entwick-

lung zu verfolgen, indem ich den bisher eingeschlagenen Weg umkehre. Nach jener Begebenheit also gab es in Italien bereits dieselben drei Stände, wie bei Ulpian: 1. Cives, 2. die achtzehn Colonieen mit bloßem commercium, 3. Peregrini, d. h. alle übrige Italiener, mochten sie Latinen sein oder nicht.

Die erste große Aenderung machte der Italische Krieg. Durch die lex Julia bekamen die Latinen, bald darauf bekamen die übrigen Bundesgenossen die Civität, so daß es nun in Italien zwar mehrere Ausnahmen, als Regel aber nur einen einzigen Stand gab. Dagegen wurden nun die Rechte der vormaligen Bundesgenossen allmälig auf manche Provinzen ausgedehnt, erst auf einen Theil von Gallien, dann auf Sicilien: beides unter dem Namen von jus Latii, oder, wie es Cicero nennt (ad Att. XIV. 12), Latinitas. Als Erklärung dieses jus Latii wird das Recht angegeben (bei Ascon. ad Cic. in Pison. u. a.), durch einheimische Magistraturen Römische Civität zu erwerben, ein Recht, welches in Italien selbst, vor der Civität, nicht den Latinen allein, sondern in der Regel allen Bundesgenossen gebührt hatte. Man brauchte also das Wort Latium in einer weitern Bedeutung, für das ganze vormals blos föderirte Italien. So wie nun dieses allgemein das Recht freier Verfassung mit eigenen Magistraturen genossen

hatte, mag ein solches Recht auch den Provinzialen mit in dem jus Latii gegeben worden sein, doch gewiß nicht mit derselben Freiheit, wie sie in Italien schon vor der Civität bestand.

In welchem Verhältniß aber stand zu solchen Concessionen das alte Recht der achtzehn Colonieen, d. h. die Ulpianische Latinität? Sehr wahrscheinlich war sie mit darin enthalten, so daß z. B. die Sicilianer unter dem Namen Latinitas erhielten: 1. das eben beschriebene allgemeine Bundesgenossenrecht, und 2. zugleich das besondere Recht der achtzehn Colonieen, welches blos die Rechtsfähigkeit der einzelnen Bürger betraf. So, wenn die Latinität ganzen Städten zu Theil ward. Wurde sie einzelnen Menschen gegeben, so konnte damit freilich nur der zweite, individuelle Theil derselben gemeint sein, indem der erste nur auf ganze Gemeinden paßte. Und so war es natürlich, daß die Lex Junia Norbana für ihre Freigelassene den nun schon ganz bekannten Namen der Latinen gebrauchte. Auch hier war von Individuen, also nur von bürgerlicher Rechtsfähigkeit die Rede; dennoch war, auch ohne nähere Bezeichnung, kein Mißverständniß zu befürchten, indem sich diese Beschränkung aus dem angegebenen Grunde von selbst verstand.

Dieser Zustand dauerte im Allgemeinen fort, als

Ulpian seine Fragmente schrieb; denn in einer oben angeführten Stelle (Tit. 19. §. 4.) kommen Latini colonarii vor. Zweierlei aber hatte sich dennoch allmälig geändert. Erstlich waren mit der Entwicklung der Monarchie die politischen Rechte der Bürger immer unbedeutender geworden, so daß unter den zwei oben beschriebenen Theilen der Latinität nur noch der zweite (das commercium), und außerdem die größere Leichtigkeit im Erwerb der Civität, Werth haben mochte. Zweitens muß sich auch dieser Uebergang von der Latinität zur Civität in der Zwischenzeit geändert haben, da Ulpian zwar die Theorie dieser Uebergänge ausführlich abhandelt (Fragm. tit. 3.), darunter aber keinen der alten, blos auf Gemeinden berechneten Fälle erwähnt.

Ganz anders gestaltete sich die Sache durch die berühmte Constitution von Caracalla über die allgemeine Civität. Dem ganzen Zusammenhang nach bezog sich diese nicht auf Individuen, sondern auf Gemeinden, d. h. sie machte alle Städte im Reich, die es noch nicht waren, zu Municipien. Von jetzt an gab es keine latinische Gemeinden, und von den zwei Theilen der Latinität war nunmehr auch dem Buchstaben nach nur noch der zweite, individuelle übrig, welcher sich nunmehr allein auf Freigelassene und deren freigeborne Nachkommen bezog. Ganz

dasselbe Schicksal hatte die Peregrinität, welche auf gleiche Weise unter den Römischen Unterthanen in den Dedititiern fortdauerte.

Justinian endlich hob diese Ueberreste der alten Stände auf, damit Nichts übrig wäre, als in gleichmäßiger Stufenfolge der Kaiser, die Unterthanen des Kaisers, und die Sclaven dieser Unterthanen.

Ich habe in dieser ganzen Untersuchung vorausgesetzt, daß diese Classification zu allen Zeiten auf drei Stände beschränkt gewesen ist. Die gewöhnliche Meinung nimmt im Gegentheil noch einen vierten Stand, mit jus Italicum, in der Mitte zwischen Latinen und Peregrinen, an, wodurch, wenn es wahr wäre, auch unsere Untersuchung eine ganz andere Richtung erhalten müßte. Diese Meinung aber zu prüfen und zu widerlegen, muß einer andern Gelegenheit vorbehalten bleiben. [1])

[1]) [Vgl. die unmittelbar folgende Abhandlung über das jus Italicum, Num. III. der gegenwärtigen Sammlung.]

III.

Ueber das jus Italicum.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 20sten Januar 1814.

Erste Ausgabe, Abhandlungen der Akademie von 1814, 1815. Berlin 1818. 4. S. 41—54 der historisch-philologischen Klasse.

Zweite Ausgabe, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. B. 5. H. 2. 1823. Num. VI. S. 242—267. Die in dieser zweiten Ausgabe hinzugefügten Zusätze und Abänderungen sind durch Klammern [ ] bemerklich gemacht worden.

Die hier vorliegende Ausgabe also (1849) ist als die dritte zu betrachten.

In der Zwischenzeit aber war ich durch sehr scheinbare Einwürfe namhafter Schriftsteller veranlaßt worden, eine Revision jener früheren Arbeit vorzunehmen, und diese in einem Nachtrag niederzulegen, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Band 11. Heft 1. 1842. S. 2—19. Ich glaube, daß auch noch jetzt die Uebersicht des Ganzen gefördert werden wird, indem ich diesen Nachtrag nicht in

die frühere Schrift verarbeite, sondern als eine selbstständige, abgesonderte Arbeit auf dieselbe folgen lasse, welcher zugleich noch einige spätere Zusätze beigegeben werden, die erst jetzt (1849) hinzugetreten sind.

Eine Englische Bearbeitung dieses Aufsatzes ist angegeben in der Vorbemerkung zu der Abhandlung Num. II. S. 15.

Ich habe in einer früheren, der Akademie vorgelegten, Abhandlung Untersuchungen angestellt über die Entstehung und den Zusammenhang der drei Stände im Römischen Staate, welche, von der späteren Zeit der Republik an bis zur Regierung von Justinian, als Grundeintheilung aller Bewohner des Römischen Gebiets betrachtet werden müssen: Cives nämlich, Latini, Peregrini. Ich werde jetzt einen nahe verwandten Gegenstand, das Jus Italicum, behandeln, und hoffe dadurch auch die Resultate jener früher mitgetheilten Untersuchungen fester begründen zu können.

Das jus Italicum kommt nur vor in folgenden Stellen:

1. Plinii hist. nat. Lib. 3. Cap. 3, und Lib. 3. Cap. 21, wo von mehreren Städten der Hispania citerior und in Illyrien bemerkt wird, daß sie dieses Recht haben. In der ersten dieser

Stellen heißt es jus *Italiae*, während es in der zweiten, so wie in allen folgenden, stets jus *Italicum* genannt wird.

2. Im Titel der Pandekten de censibus (lib. 50. tit. 15.), wo das jus Italicum vielen Städten zugeschrieben, einigen abgesprochen wird.
3. Cod. Theod. XIV. 13. const. un., welche das jus Italicum der Stadt Constantinopel erneuert.
4. Cod. Justin. XI. 20. const. un., (interpolirt aus Cod. Theod. XVI. 2. const. 45), worin Constantinopel außer dem *jus Italicum* auch die Prärogativen des alten Rom erhält.

Die Erklärung, welche Sigonius (de Jure Italiae Lib. 1. C. 21) von diesem jus Italicum giebt, ist von den meisten Neueren angenommen worden. Nach ihm bezeichnet es nämlich einen eigenthümlichen Stand der Personen, welcher eine Mittelstufe zwischen Latinen und Peregrinen gebildet hätte, so daß überhaupt diese vier Stände angenommen werden müssen: 1. Cives, 2. Latini, 3. qui juris Italici sunt, 4. Peregrini. Nach dieser Ansicht hätte das jus Italicum, ganz wie die Civität oder Latinität, sowohl Individuen, als Städten gegeben werden können, und diese letzte Art der Ertheilung hätte den Sinn gehabt, daß alle Bürger einer solchen Stadt zugleich und in Masse jenes Recht erworben hätten.

Diese Erklärung halte ich aber für durchaus falsch aus folgenden Gründen:

1. In allen oben angeführten Stellen kommt dieses Recht nur bei Städten vor, nie bei Individuen, anstatt daß die Latinität gerade in den Rechtsquellen viel häufiger bei Individuen, als bei Städten erwähnt wird.

2. Ulpian, der in den Pandekten viel von jus Italicum spricht, setzt in den Fragmenten auf das Bestimmteste voraus, daß es nur drei Stände (Cives, Latini, Peregrini) gebe; ja selbst, wenn man auf eine höchst unwahrscheinliche Weise annehmen wollte, jener vierte Stand sey in den Fragmenten von ihm vergessen worden, so würde doch in seinem ganzen sehr genauen System der drei Stände durchaus keine leere Stelle für einen vierten übrig bleiben; das heißt: man würde vergeblich nach solchen eigenthümlichen Rechten suchen, wodurch das jus Italicum sowohl von der Latinität, als von dem Zustande der Peregrinen verschieden gewesen wäre. Diese Schwierigkeit, dem jus Italicum einen eigenthümlichen Gehalt zu verschaffen, hat Sigonius sehr wohl gefühlt, aber nicht gehoben.

3. Ein solches jus Italicum, als Zustand einer Classe von Personen gedacht, hätte in keinem Fall neben der Civität oder Latinität derselben Person

oder Stadt, welcher es zukam, bestehen können, indem es stets von jenen höhern Rechten absorbirt werden mußte: gerade so, wie es ganz undenkbar ist, daß ein Civis zu gleicher Zeit hätte Latinus oder Peregrinus, oder ein Latinus hätte Peregrinus sein sollen.

Allein in der That ist das jus Italicum sehr oft mit Civität oder Latinität verbunden gewesen.

Plinus (hist. nat. lib. 3. Cap. 3.), der am Ende des Capitels erzählt, daß ganz Spanien durch Vespasian die Latinität erhalten habe, bemerkt dennoch von zwei spanischen Städten als eine Eigenheit, daß sie das jus Italiae hätten. Zwar bemerkt er auch bei vielen einzelnen Städten die ihnen besonders ertheilte Latinität, aber er nennt sie ausdrücklich Latini *veteres*, vergißt also nicht, durch diesen Ausdruck bemerklich zu machen, daß ihre Latinität bloß historisch sei, und nicht für die gegenwärtige Verfassung einen Unterschied zwischen ihnen und den übrigen Städten begründe.

Noch mehr: dieses Recht kommt noch lange nach Caracalla als Recht vieler Städte vor, obgleich Caracalla allen Städten des Reichs die Civität gegeben hatte.

Zu Justinian's Zeit endlich gab es seit Jahrhunderten keine Latinische Städte mehr, nur noch

unter den Freigelassenen hatte sich eine Art von Latinität erhalten, und auch diese hob Justinian auf (Cod. lib. 7. Cap. 6.), um die Stände möglichst auszugleichen. Dennoch finden sich in seinen Rechtsbüchern Bestimmungen über das jus Italicum sehr vieler Städte. Es konnte demnach dieses Recht als eigenthümliches Recht solcher Städte bestehen, von welchen außerdem gewiß ist, daß sie die Civität hatten. Noch mehrere Fälle einer solchen Verbindung werden weiter unten namhaft gemacht werden.

Zwei Gründe waren es vorzüglich, welche die hier widerlegte Meinung theils veranlaßten, theils erhielten und bestärkten:

1) Die täuschende Analogie des Namens. Bei Civis Romanus denkt man zunächst an den Bewohner der Stadt, bei Latinus an den Einwohner von Latium; dennoch waren beide Ausdrücke nachher für persönliche Zustände gebraucht worden, unabhängig von jener örtlichen Beziehung. Wie natürlich war es, da man ein jus Italicum vorfand, dessen Begriff auf demselben Wege, wie jene Begriffe, zu suchen! Es ist ganz offenbar, daß Sigonius lediglich durch diese Namenähnlichkeit getäuscht worden ist.

2) Eine Stelle des Asconius zu der Rede in Pisonem:

„Duo porro genera earum coloniarum, quae

„a populo Romano deductae sunt, fuerunt.
„Erant enim aliae, quibus jus Italiae dabatur,
„aliae item, quae Latinorum essent."

Diese Stelle scheint die hier widerlegte Ansicht geradezu zu bestätigen, indem das jus Italiae und die Latinität als Arten derselben Gattung behandelt werden. Allein zuvörderst ist es ganz unbegreiflich, wie Asconius, wenn er diese Ansicht hatte, nur zwei Classen von Kolonien annehmen konnte. Er mußte dann vielmehr nothwendig drei Classen zählen, da es völlig unmöglich war, die erste und wichtigste Art, die colonias civium Romanorum zu übersehen. Wird schon aus diesem Grunde die Stelle sehr verdächtig, so zeigt es sich bei genauer Prüfung, daß sie gerade in der Hauptsache unächt ist. Nämlich zwei Pariser Handschriften (N. 7832. 7833.), Eine Handschrift der Wiener Bibliothek (ms. philolog. 151.), und Eine Gothaische lesen einstimmig so:

„Duo . . . fuerunt *itaque aliae Latinorum*
„essent,"

so daß von jus Italiae keine Spur, aber die Lücke im Text unverkennbar ist. Dieselbe Leseart haben ältere Ausgaben, namentlich eine Folioausgabe von 1477, eine Oktavausgabe von Aldus von 1522, und eine apud Aldi filios Venet. 1547. Die erste Ausgabe, worin sich die falsche Leseart findet, ist

die des Hotomanus, Lugd. ap. Jo. Tornaesium et Gul. Gazeium 1551. in 8. p. 121. Nach der Vorrede dieser Ausgabe könnte man glauben, sie sei ausschließend auf eine alte Handschrift gegründet, ohne alle Conjekturen; allein glücklicherweise sagt ausdrücklich eine Note zu unsrer Stelle (p. 170.): „Jus Italiae dabatur.] Deerant haec in manu- „scripto." Nimmt man diese Note ganz buchstäblich, so fehlten in des Hotomanus Handschrift lediglich die angeführten drei Worte, alles Uebrige war vorhanden, und die Handschrift las dann vollständig so: „Erant enim aliae quibus aliae item quae Latinorum essent." So scheint es Augustinus verstanden zu haben, der in einem italienischen Briefe an Panvinius vom J. 1558 die Restitution des Hotomanus verwirft, und dafür setzt: „Erant enim aliae, quibus „jus civitatis dabatur, aliae item, quae Latinorum „essent [1]." Allein ich glaube, daß man mit der hier vorausgesetzten Genauigkeit dem Hotomanus

[1]) Antonii Augustini epist. ed. Andres. Parmae 1804. in 8. p. 336. Ohne Zweifel hat Panvinius bei Gelegenheit des Werks de republica Rom., welches er eben damals schrieb, seinen Freund über die Stelle des Asconius befragt. Auch hat er diese Stelle in der That ganz nach dem Vorschlag des Augustinus benutzt. Pan- „vinii respublica Romana p. 694. ed. Venet. 1558 in 8. Qua- „rum coloniarum duo genera erant, ut tradit Asconius, quae- „dam civium Romanorum, et quaedam Latinae." Sigonius scheint die Stelle des Asconius gar nicht anzuführen, wenigstens

zu viel Ehre anthut; bei der gänzlichen Uebereinstimmung aller übrigen handschriftlichen und gedruckten Texte ist es vielmehr höchst wahrscheinlich, daß die Handschrift des Hotomannus gerade so las, wie die übrigen, und daß er bloß versäumt hat, genau zu bemerken, wie viel man ihm als Ergänzung zu verdanken hat. Nimmt man Dieses an, so ist wohl die einfachste und wahrscheinlichste Ergänzung des Textes diese: „Duo porro genera earum coloniarum, „quae a populo Romano deductae sunt, fuerunt, „ita *ut aliae civium Romanorum,* aliae Latinorum „essent." Dann ist bloß aus *ita ut* in den Abschriften *itaque* geworden, und die drei Worte: *aliae civium Romanorum* sind ausgefallen, wozu das zweimal vorkommende *aliae* die allernatürlichste Veranlassung gab. Außer Augustinus aber weiß ich Niemand, der an der Richtigkeit des Hotomanischen Textes gezweifelt hätte; [1]) Cujacius setzt ihn in

findet sie sich in seinem Werk weder bei den Colonien, noch da, wo er das jus Italicum abhandelt.

[1]) [Zusatz der zweiten Ausgabe. Allerdings findet sich eine mit der meinigen im Wesentlichen übereinstimmende Leseart bei Paulus Manutius in der Ausgabe des Asconius, Venet. ap. Aldum 1563. 8. fol. 77.: „duo . . . . fuerunt, ita ut aliae Latino„rum essent, aliae civium Romanorum." Eine Note hat er zu dieser Stelle nicht, und in der Vorrede erwähnt er keine Handschrift, rühmt aber seine Emendationen.]

[Zus. der 3. Ausg. Vgl. Ciceronis Scholiastae vol. 2.

einer Schrift von 1570 (Observ. lib. 10. C. 35.) als gewiß voraus, und in allen neueren Ausgaben, namentlich in der Grävischen und der Neapolitanischen Ausgabe von Cicero's Reden, hat man ihn stillschweigend aufgenommen, als ob Nichts dabei zu bedenken wäre. Merkwürdig ist es, daß die falsche und sehr oberflächliche Ergänzung dieser Stelle gerade von Hotomanus herrührt, der auch sonst so viele und schwere Irrthümer auf der Gränze der Philologie und der Jurisprudenz zu verantworten hat.

Nachdem ich die herrschende falsche Meinung widerlegt habe, gehe ich zur Darstellung und Begründung einer andern Erklärung über.

In allen angeführten Stellen wird das jus Italicum Städten, und zwar Provinzialstädten, beigelegt. Schon dem Worte nach muß es also diesen Städten Rechte ertheilt haben, welche allen italischen Städten gemein, in der Regel aber den Provinzialstädten fremd waren. Zugleich folgt aber aus den bisher dargestellten Gründen, daß diese Rechte einen andern Gegenstand, als den persönlichen Zustand der Bürger, gehabt haben müssen. [1])

Turici 1823. 8. p. 4. Hier liest der Herausgeber (Baiter): „ita ut Quiritium aliae, aliae Latinorum essent", jedoch nicht nach einem handschriftlichen Text, sondern nur, um so wenig, als möglich, von den Handschriften abzuweichen.]

[1]) [Zus. der 3. Ausg. Der Widerspruch von Walter gegen

Dieses nun läßt sich, wie ich glaube, von folgenden drei Rechten behaupten, welche demnach als gemeinsamer Inhalt des jus Italicum betrachtet werden müssen:

1) Recht freier Verfassung.
2) Steuerfreiheit.
3) Fähigkeit des Bodens, im Römischen (quiritarischen) Eigenthum zu sein.

Allein diese drei Stücke enthält das jus Italicum auf eine etwas verschiedene Weise. Nämlich nur das dritte (das Grundeigenthum betreffende) ist ihm ausschließend eigen, die zwei ersten finden sich auch bei manchen Städten anderer Art, und sie sind nur in so fern in dem jus Italicum enthalten, als eine Stadt, welche sie bisher nicht hatte, und nun das jus Italicum erhält, dadurch zugleich alle jene Rechte empfängt. Nur auf diese Weise scheinen alle Schwierigkeiten gelöst werden zu können.

1. Recht freier Verfassung.

Es muß nämlich in der Verfassung dieser Städte irgend Etwas gewesen sein, was ihnen den Schein größerer Unabhängigkeit im Verhältniß zu anderen Provinzialstädten gab: denn freilich mehr, als Schein

diese Behauptung wird ausführlich geprüft in dem Nachtrag zu dieser Abhandlung §. 2.]

städtischer Freiheit, kann hier nicht angenommen werden, so daß aller Reiz, welchen das jus Italicum von dieser Seite gehabt haben mag, lediglich zu der allgemeinen Rang- und Titelsucht der Städte des Kaiserreichs gehört. Diesen Schein von Selbstständigkeit also, gleich italischen Städten, und insbesondere die in Italien allgemein üblichen Magistraturen, haben die Städte, von welchen wir reden, voraus gehabt, zwar nicht vor den liberae civitates, welchen sie dadurch wohl im Wesentlichen nur gleich kamen, wohl aber vor allen übrigen Städten der Provinz, selbst vor allen Colonien und Municipien derselben. [1]) Nur in so fern also war dieser Vorzug dem jus Italicum eigen, daß eine Provinzialstadt, die ihn noch nicht hatte, ihn durch das jus Italicum unfehlbar erhielt.

Der Hauptbeweis dieser ersten Bedeutung unseres Rechts liegt in dem Zusammentreffen vieler Münzen mit zwei Stellen des Servius. Auf den Münzen vieler Städte findet sich nämlich ein stehender Silen mit erhobener Hand. Die meisten dieser Städte haben erweislich das jus Italicum gehabt, und auch die übrigen sind wenigstens solche, von welchen sich

[1]) [Zus. der 3. Ausg. Der Widerspruch von Walter gegen diese Behauptung wird ausführlich geprüft in dem Nachtrag zu dieser Abhandlung §. 3.]

das Gegentheil nicht darthun läßt. Eine innere Beziehung dieses Sinnbildes auf das jus Italicum ist daher unverkennbar. *Eckhel* doctr. num. vet. P. 1. Vol. 4. p. 493—496.

Nun erklärt aber Servius zum Virgil gerade dieses Bild als ein charakteristisches Zeichen freier städtischer Verfassung.

Servius ad Virgil. Aen. IV. 58. ed. Paris. 1600. f. p. 316.

„Patrique Lyaeo · qui ut supra diximus
„apte urbibus libertatis est deus, unde etiam
„Marsyas minister ejus per civitates in foro
„positus libertatis indicium est: qui erecta
„manu testatur nihil urbi deesse."

In älteren Ausgaben, zum Beispiel Paris 1507. f., findet sich die Stelle unvollständiger, insbesondere ohne den Schluß, und mit dieser älteren Leseart stimmt genau überein das Citat der Stelle bei Macrob. Saturn. L. 3. C. 12.

Servius ad Virg. Aen. III. 20. ib. p. 263.

„Quod autem de Libero diximus, haec causa
„est: ut signum sit liberae civitatis. Nam
„apud majores aut stipendiariae erant, aut
„foederatae, aut liberae. Sed in liberis ci-
„vitatibus simulacrum Marsyae erat, qui in
„tutela Liberi Patris est."

Daß hier Marsyas genannt ist, nicht Silen, macht keine Schwierigkeit, indem diese mythologische Personen ursprünglich identisch sind, wie Dieses gerade für unsern Fall Eckhel a. a. O. nachgewiesen hat.

Allein Eckhel, der ohne weitere Untersuchung, und bloß fremden Führern folgend, voraussetzt, das jus Italicum könnte keine andere Bedeutung gehabt haben, als Steuerfreiheit, nennt deshalb die Erklärung des Servius unrichtig. Dazu sind wir aber um so weniger befugt, da zwei Stellen der Pandekten in demselben Sinn reden. Die erste ist von Ulpian:

L. 1. §. 2. D. de censibus:

„Est et Heliopolitana, quae a Divo Severo „per belli civilis occasionem *Italicae colo-* „*niae rempublicam accepit.*“

Hier ist die Beziehung des jus Italicum auf Verfassung unverkennbar.

Die zweite von Paulus:

L. 8. §. 3. D. de censibus,

wo von zwei Städten gesagt wird:

„juris Italici sunt *et solum earum.*“

Es muß also das jus Italicum noch Etwas enthalten haben, was nicht unmittelbar den Boden betraf.

2. Steuerfreiheit. [1])

[Seit der Kaiserregierung war allmälig in den Provinzen ein gleichförmiges System der direkten Steuern eingeführt worden. Jeder Grundeigenthümer zahlte Grundsteuer, jeder Andere in der Regel Kopfsteuer, Italien aber war von beiden Steuern frei. Das jus Italicum einer Provinzialstadt nun führte auch in dieser Rücksicht die Gleichstellung mit Italien, d. h. die Freiheit von den erwähnten Steuerarten mit sich. Und selbst, als Italien seine Steuerfreiheit verlor, welches zu Diocletian's Zeit geschah, dauerte dieses Steuerprivilegium vieler Provinzialstädte fort, und behielt sogar den nicht mehr passenden Namen des Italischen Rechts.]

Hieraus allein erklärt es sich, daß noch im Justinianischen Recht von einem jus Italicum die Rede seyn konnte, während die freie Städteverfassung, selbst bis auf den Schein, womit man sich früher trösten

[1]) [In der ersten Ausgabe hatte ich diesen Theil des jus Italicum als Freiheit von Grundzins bezeichnet. Dabei lag die Ansicht zum Grunde, die Abgabe, worauf sich die Befreiung bezog, sei nicht sowohl eine Staatssteuer, als vielmehr ein Canon gewesen, welcher dem Römischen Volk als Obereigenthümer alles Provinzialbodens gebührte. Der Beweis meiner gegenwärtigen Ansicht liegt nicht sowohl in einzelnen Stellen, als vielmehr in dem Zusammenhang des ganzen Steuerwesens. Ich verweise deshalb auf meine im J. 1823 gelesene Abhandlung über die Römische Steuerverfassung unter den Kaisern.] (Num. XVI. der gegenwärtigen Sammlung vermischter Schriften).

mochte, längst verschwunden war, und auch das quiritarische Eigenthum gar nicht mehr existirte. Immunität also war jetzt noch die einzige Bedeutung von jus Italicum geblieben, worüber auch schon der Umstand keinen Zweifel läßt, daß in den Pandekten das jus Italicum im Titel *de censibus* abgehandelt wird. Diese Immunität war aber auch schon von jeher darin enthalten; denn auch Ulpian und Paulus handeln in ihren Büchern de censibus von unserm Recht. Daß aber sowohl bei Plinius, als in den Pandekten, coloniae immunes und juris Italici unterschieden werden, paßt vollkommen zu unserer Ansicht, nach welcher die Immunität ursprünglich nur Eines von drei Stücken war, deren Vereinigung das jus Italicum ausmachte.

Auch die liberae civitates hatten diese Immunität, so daß auch dieses Recht, ganz wie das vorige, nicht als ausschließender Charakter des jus Italicum gelten kann.

3. Eigenthumsfähigkeit des Bodens.

Das heißt: die ausschließende Fähigkeit dieses Bodens, im quiritarischen Eigenthum zu sein, womit verbunden ist die ausschließende Fähigkeit zur Usucapion, in jure cessio, Mancipation und Vindication, indem alle diese Formen und Rechte nur in Bezie-

hung auf quiritarisches Eigenthum vorkommen konnten. Nämlich alle Arten beweglicher Sachen konnten ohne Unterschied in quiritarisches Eigenthum kommen, von Grundstücken aber konnten es nur die, welche in Italien lagen, die in den Provinzen in der Regel nicht. Aber eben von dieser Regel galt nun eine Ausnahme für das Gebiet derjenigen Städte, welche das jus Italicum erhalten hatten. Und dieser Charakter unsers Rechts ist, wie schon oben bemerkt worden, ganz ausschließend; diesen Vorzug theilten solche Städte mit keinen andern in der Provinz, selbst nicht mit den liberae civitates. Zwar war in anderer Rücksicht das Recht des Bodens in den Provinzen sehr verschieden. Wo das strenge Recht der Eroberung entschieden hatte, gehörte das Grundeigenthum dem Römischen Volke, und daß dabei kein Privateigenthum irgend einer Art bestehen konnte, verstand sich von selbst. Allein außer diesem Fall gab es auch in den Provinzen wahres Privateigenthum; nur quiritarisches Eigenthum, das heißt, Eigenthum nach Römischer Ansicht und mit Römischen Formen und Wirkungen versehen, konnte es auch da nicht sein. In dieser Unfähigkeit zum quiritarischen Eigenthum kamen demnach alle Grundstücke in den Provinzen mit einander überein, von den liberae civitates bis zu dem ager publicus herab,

und überall konnte diese Unfähigkeit nur durch besondere Ertheilung des jus Italicum gehoben werden. [1])

Dieser Haupttheil des jus Italicum ist nunmehr zu erweisen, was aber nur in einzelnen Anwendungen geschehen kann, indem der Grundsatz selbst in dieser Allgemeinheit nirgends ausgesprochen ist.

A) Der fundus Italicus ist res mancipi, der fundus provincialis nicht.

Ulpian. tit. 19. §. 1. [*Gajus* comm. I. §. 120.]

Cicero pro Flacco. C. 32.

Simplicius bei Goesius p. 76.

Nun ist zwar unter den beweglichen Sachen eine

[1]) [Schon bei den classischen Juristen der Römer kommt der Satz vor, daß in den Provinzen das Römische Volk, und späterhin der Kaiser, das Obereigenthum des gesammten Bodens (natürlich mit Ausnahme der liberae civitates) habe. *Gajus* II. §. 7. und 28. Aus diesem Satz nun pflegt man wohl jene Unmöglichkeit des quiritarischen Eigenthums für die Einzelnen abzuleiten. Allein, wie es auch um die Richtigkeit jenes allgemeinen Satzes stehen möge (vergl. Niebuhr II. S. 351), so ist wenigstens diese Ableitung weder nöthig, noch auch überall anwendbar. Namentlich auf die liberae civitates paßte der Satz gewiß nicht, und doch war gewiß auch bei ihren Grundstücken die Römische Usucapion u. s. w. unmöglich, welches schon daraus erhellt, daß überall gerade solum *Italicum* gefordert wird. Der wahre und allgemeine Grund jener Unmöglichkeit lag in der höchst natürlichen Regel, die der französische Code art. 3. so ausdrückt: Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.]

res nec mancipi, wie z. B. baares Geld, das quiritarischen Eigenthums eben so fähig, als eine res mancipi, wie z. B. ein Sclave, und beide unterscheiden sich nur durch die verschiedene Art, wie das Eigenthum bei ihnen übertragen werden kann. Deshalb scheint es, auch bei Grundstücken dürfe nicht von der Qualität einer res nec mancipi auf die gänzliche Unfähigkeit zum quiritarischen Eigenthum geschlossen werden. Allein bei beweglichen Sachen hängt eben dieser Unterschied genau zusammen mit der verschiedenen Art und Bestimmung der Sachen. Gewisse Arten von Sachen sind ohne Ausnahme res mancipi, und zwar sind dieses gerade solche Sachen, welche in unmittelbarer Beziehung auf Ackerbau stehen: Sclaven, Pferde, Rindvieh, Maulesel, Esel. Alle übrige sind res nec mancipi. Wie ist es nun zu erklären, daß Grundstücke zuweilen mancipi, zuweilen nec mancipi sind, obgleich hier Art und Bestimmung der Sache stets dieselbe, und zwar stets eine solche ist, wodurch die Sache eigentlich immer (wegen der unmittelbaren Beziehung auf Ackerbau) zu einer res mancipi werden müßte? Der Umstand also, daß die Provinzialgrundstücke nec mancipi sind, scheint aller Analogie zu widerstreiten. Er erklärt sich aber ganz ungezwungen aus unserer Voraussetzung.

Sind nämlich Provinzialgrundstücke ganz unfähig, im quiritarischen Eigenthum zu sein, so kann aus diesem Grunde eine Mancipation derselben gar nicht gedacht werden, und sie sind folglich nec mancipi aus einem ganz andern Grunde, als z. B. baares Geld. Dieses ist nec mancipi, weil es anders und leichter, als durch Mancipation, in quiritarisches Eigenthum kommen kann, jene, weil sie gar nicht in dasselbe kommen können, also unter andern auch nicht durch Mancipation.

B. Die Usucapion, das heißt, der Erwerb des quiritarischen Eigenthums durch bloßen Besitz von Einem Jahre oder zwei Jahren, galt bei beweglichen Sachen ohne Unterschied, bei Grundstücken aber nur dann, wenn sie italische Grundstücke waren, das heißt, entweder in Italien lagen, oder das jus Italicum erhalten hatten.

[Gajus Comm. 2. §. 46.]

pr. I. de usucapionibus.

L. un. C. de usucap. transformanda (VII. 31.)

Dieser Unterschied dauerte fort bis auf Justinian's Regierung, so daß im Anfang derselben fast alle Usucapion der Grundstücke verschwunden war, indem das ganze Reich nur noch aus Provinzen bestand; Justinian hat ihn endlich aufgehoben. Es erklärt sich wiederum dieser Unterschied nur dadurch,

daß man annimmt, in Provinzen war überhaupt kein quiritarisches Eigenthum am Boden zu erwerben möglich, also auch unter andern nicht auf dem Wege der Usucapion.

C. Die Lex Julia de fundo dotali stellte den Grundsatz auf, der fundus dotalis Italicus solle nicht veräußert werden können. [1])

pr. I. quibus alienare licet.

L. un. §. 15. C. de rei uxoriae actione.

Nämlich nach altem Recht war der Ehemann unbeschränkter Herr der dos, konnte also durch Verschwendung derselben den künftigen Unterhalt der Frau und Kinder in große Gefahr setzen. Diese Gefahr sollte durch jene neuverordnete Unveräußerlichkeit vermindert werden. Daß nun das Gesetz nur Grundstücke, und nicht auch bewegliche Sachen betraf, erklärt sich durch die größere Wichtigkeit und die bleibendere Dauer des Gegenstandes. Allein die Unterscheidung der italischen und Provinzialgrundstücke leuchtet nicht aus einem ähnlichen Grunde ein, und läßt sich lediglich aus der verschiedenen juristischen Beschaffenheit ableiten. Nämlich das Gesetz betraf überhaupt

[1]) [Daß die Beschränkung dieses Verbots auf Italische Grundstücke eine Zeitlang bezweifelt wurde (*Gajus* II. §. 63), macht für die gegenwärtige Untersuchung keinen Unterschied. Ohnehin scheint es nach den angeführten Stellen des Justinianischen Rechts, daß jener Zweifel späterhin ganz verschwunden seyn muß.]

alienationes. Dieser Ausdruck war aber, wie man aus der klassischen Zeit, in welche die Lex fällt, schließen darf, streng zu nehmen, das heißt, er war so zu nehmen, wie Cicero in der Topik §. 5. die abalienatio erklärt.

Cicero beschränkt nämlich den Ausdruck auf die Uebertragung des quiritarischen Eigenthums mit Ausschließung aller andern Rechte, worauf er an sich wohl auch passen könnte. Betraf nun die Lex Julia bloß quiritarisches Eigenthum, das heißt, ging sie nur darauf aus, der dos die mit diesem Recht versehenen Grundstücke sicher zu erhalten, so konnte sie deshalb nicht von Provinzialboden sprechen, weil an diesem nach unserer Voraussetzung quiritarisches Eigenthum unmöglich war.

D) Endlich gehörte hierher ohne Zweifel auch die exceptio annalis Italici contractus.

L. 1. C. de annali except. (VII. 40.)

L. un. C. de usuc. transform. (VII. 31.)

Da wir aber von derselben fast nichts Anderes wissen, als daß sie auf Italien eingeschränkt war, und daß Justinian sie aufgehoben hat, so läßt sich aus ihr kein neuer Grund für unsere Ansicht bereiten. Justinian hat alle diese juristischen Eigenheiten italischer Grundstücke aufgehoben, und zwar um dieselbe Zeit, wo er den Unterschied des quiritarischen

und bonitarischen Eigenthums aufhob. Auch dieser Umstand dient zur Bestätigung unserer Ansicht, nach welcher diese Neuerungen nicht bloß der Zeit nach, sondern durch inneren und nothwendigen Zusammenhang verbunden sind.

Dieser Erklärung ist unter allen Schriftstellern am nächsten gekommen Trekell (selectae antiquitates Cap. 4. §. 48. 49). Aber auch er ist nicht frei von Nachgiebigkeit gegen herrschende Irrthümer, indem er außer dem jus Italicum *locorum* noch ein besonderes jus Italicum *personarum* annimmt, obgleich zu dieser Annahme durchaus kein Grund vorhanden ist.

Zum Schluß mögen einige Bemerkungen folgen über das Verhältniß, in welchem das jus Italicum theils zu den sonst bekannten Classen der Städte, theils zu den bekannten drei Ständen des Römischen Reichs gedacht werden muß: Untersuchungen, welche bisher ganz vernachlässigt worden sind.

Was zuerst das Verhältniß zu den übrigen Classen der Städte (nämlich Municipien, Colonien u. s. w.) betrifft, so wird überall stillschweigend und ohne allen Beweis angenommen, das jus Italicum sei nur bei Colonien vorgekommen. Allerdings wird nun in den Pandekten und von Plinius bei vielen Städten unsers Rechts ausdrücklich bemerkt, daß es Colonien

gewesen, und dieser Umstand hat eben jene Meinung veranlaßt. Ein Beweis dieser Meinung aber liegt darin keinesweges, vielmehr wird diese aus folgenden Gründen verworfen werden müssen.

Utica nämlich hatte nach Paulus das jus Italicum durch Severus und Caracalla erhalten.

L. 8. §. 11. D. de censibus.

Aber Utica war municipium, nicht nur nach mehreren Münzen:

Eckhel doctr. num. Vol. 4. p. 147,

sondern auch nach einer Stelle des Plinius:

Plinii hist. nat. L. 6. C. 3.

„Utica civium Romanorum, Catonis morte „nobilis."

Da indessen jene Münzen aus der Zeit des Tiberius sind, so ist freilich kein neueres Zeugniß für die Municipalität der Stadt vorhanden, als das des Plinius.

Gellius XVI. 23. erwähnt eine Rede Hadrian's, worin dieser seine Verwunderung ausdrückt, daß manche alte Municipien, und unter diesen Utica, in Colonien verwandelt zu werden wünschen könnten. Es wird nicht hinzugefügt, ob die Uticenser ihren Wunsch damals erreicht haben; aber sehr

zweifelhaft wird dadurch ihre fernere Municipalität allerdings.

Weit entscheidender ist das Beispiel von Stobi in Macedonien. Diese Stadt war municipium, wiederum nach einer Stelle des Plinius (hist. nat. Lib. 4. C. 10.), und nach Münzen, die aber diesesmal bis auf die Zeit des Elagabalus herunter gehen.

Eckhel doctr. num. vet. P. 1. Vol. 2. p. 77.

Und auch diese Stadt hatte nach Paulus das jus Italicum.

L. 8 §. 8. D. de censibus.

Wäre nun die Schrift des Paulus, zu welcher die angeführte Stelle gehört, etwa aus der Zeit von Caracalla, so wäre der Beweis vollständig geführt, daß die Stadt Stobi noch zu der Zeit municipium hieß, als sie das jus Italicum erhielt. Allein jene Schrift (de censibus) ist selbst unter Elagabalus geschrieben.

(vergl. *Guil. Grotii* vita J. Pauli bei Schulting p. 207. 208. ibique *Schulting*.)

Paulus nennt nämlich in derselben Stelle zweimal die Divi Severus et Antoninus, einmal den Divus Antoninus und unmittelbar nachher den Imperator noster Antoninus: so vieldeutig nun der Name Antoninus außerdem ist, so kann doch in die-

sem Zusammenhang unter Divus Antoninus nur Caracalla und unter dem jetzt regierenden (Imperator noster) Antoninus nur Elagabalus verstanden werden, dessen eigentlicher und officieller Name dieses bekanntlich war. Es bleibt also immer noch die Möglichkeit übrig, daß Elagabalus nach der Zeit, aus welcher die letzten Münieipalmünzen von Stobi herrührten, diese Stadt zur Colonie gemacht und dann weiter mit dem jus Italicum beschenkt hätte. Allein höchst unwahrscheinlich ist Dieses dennoch, theils bei der kurzen Regierung des Elagabalus, theils deswegen, weil Paulus in dieser Stelle bei den noch frischen Concessionen des jus Italicum die verleihenden Kaiser zu nennen pflegt, so daß bei denen, deren Urheber er nicht namhaft macht, eine ältere Zeit der Verleihung angenommen werden muß.

Was zuletzt das Verhältniß von jus Italicum zu dem persönlichen Stande der Bürger betrifft, so beruht dessen Feststellung auf zwei Fragen:

1) Läßt sich von dem Stande der Bürger einer Stadt auf das jus Italicum dieser Stadt schließen?

2) Und umgekehrt: läßt sich von dem jus Italicum der Stadt auf den Stand ihrer Bürger schließen?

Die erste Frage glaube ich verneinen zu müssen. Nämlich nicht nur latinische Städte, sondern selbst Städte mit Civität, konnten ohne jus Italicum sein, da Plinius bloß bei zwei Städten der Hispania citarior das jus Italicum als etwas Besonderes erwähnt, obgleich er die Civität von 13 Städten derselben Provinz, die Latinität aber von ganz Spanien anführt. Eben so konnte nicht bei Stobi, einem municipium, das jus Italicum als etwas Besonderes genannt werden, wenn es ohnehin für alle Municipien gegolten hätte. Ein municipium aber ohne jus Italicum hat so wenig etwas Widersprechendes, als der Zustand eines einzelnen Römischen Bürgers, der sich in einer Provinzialstadt ansiedelte. Auch ein solcher hatte persönlich das vollständige commercium, während Grund und Boden seines Wohnorts für ihn, wie für jeden Andern, des quiritarischen Eigenthums unempfänglich war.

Die zweite Frage endlich betraf den Schluß von jus Italicum auf den persönlichen Stand der Bürger. Seinem Begriff nach ist dieses Recht mit jedem der drei Stände vereinbar, so daß selbst eine Stadt von Peregrinen dasselbe hätte erhalten können. Dennoch ist es nicht glaublich, daß Dieses jemals geschehen wäre. Denn ein Geschenk dieser Art war gewiß auf den eigenen Vortheil der Bürger einer

solchen Stadt berechnet. Welchen Vortheil aber brachte diesen Bürgern das commercium an ihrem Boden, wenn sie selbst Peregrinen, also aus persönlichen Gründen ganz ohne commercium waren? Demnach muß man annehmen, daß das jus Italicum niemals an eine Stadt von Peregrinen gegeben wurde, sondern daß man dieses Recht nur an solche Städte gab, welche schon vorher Civität oder Latinität hatten.

Nachträge
zur vorstehenden Abhandlung 1842. 1849.

§. 1.

Das Wesen meiner früheren Untersuchung läßt sich in folgender Weise kurz zusammenfassen.

Man hat seit langer Zeit fast allgemein angenommen, die freien Einwohner des Römischen Reichs seien, seit seiner vollständigen Ausbildung, stets in Vier Classen mit verschiedenen Rechten gesondert gewesen: Cives, Latini, Italici, Peregrini. Diese Auffassung ist eben so grundlos, als der Versuch, den wirklich vorkommenden Kunstausdruck jus Italicum damit in Verbindung zu bringen. Es gab vielmehr seit der völligen Ausbildung der inneren Verhältnisse des Römischen Staats nur drei Classen freier Einwohner: Cives, Latini, Peregrini, welche stets und ohne Ausnahme von den alten Juristen gerade so zusammengestellt werden. Für die Annahme einer

vierten, mittleren Classe ist dabei durchaus kein Raum, und der Ausdruck jus Italicum hat eine ganz andere Bedeutung. Er bezieht sich gar nicht auf den Stand einzelner Menschen, sondern auf den Zustand mancher Stadtgemeinden. Wenn nämlich eine Provinzialstadt ausnahmsweise durch Privilegium diejenigen Rechte erhielt, die sonst nur als Vorrechte der Italischen Städte vorkamen, so nannte man die so ertheilte Begünstigung jus Italicum. Dieses bestand aus drei Stücken: freie Verfassung mit selbstgewählten Obrigkeiten, so wie sie in den Italischen Municipien und Colonieen vorkommen (Duumvirn, Quatuorvirn); ferner die Freiheit von Grundsteuer und Kopfsteuer; endlich die Eigenschaft des zum Stadtgebiet gehörenden Landes, im Römischen Eigenthum (ex jure Quiritium) stehen zu können, also die Anwendbarkeit der Mancipation und der Usucapion auf die zu diesem Gebiet gehörenden Grundstücke. Die Vereinigung dieser drei Eigenschaften machte das jus Italicum aus; war nur ein Theil derselben vorhanden, so war dieser Name nicht anwendbar. So kam nicht selten die Freiheit von Kopfsteuer allein vor, oder auch von beiden directen Steuern zusammen; es konnte auch freie Verfassung dabei sein, aber nicht mit Italischen Magistraten, sondern mit den aus früherer Zeit hergebrachten einheimischen Wahl-

obrigkeiten, besonders in griechischen Städten; dann waren es liberae civitates, aber das jus Italicum hatten sie nicht, und es fehlte ihnen namentlich ganz gewiß das jus Quiritium am Boden.

Alle diese Vortheile kamen allerdings nicht bloß der Stadt selbst, als Corporation, zu gut, sondern auch ihren einzelnen Bürgern; ja sie wurden vorzugsweise von diesen genossen, wie es namentlich bei der Steuerfreiheit augenscheinlich ist. Nur waren sie insofern nicht persönlicher Natur, als sie ganz außer der oben erwähnten Verschiedenheit der drei Classen oder Stände lagen. Die meisten (wenn nicht alle) Städte, denen das jus Italicum ertheilt wurde, hatten gewiß schon vorher die Civität, gehörten also bereits dem ersten Stande an, und konnten unmöglich zu einer niederen Classe gerechnet werden. Dieses wird recht anschaulich und unzweifelhaft durch den Umstand, daß noch in später Zeit das jus Italicum der Stadt Constantinopel als ein besonderes Vorrecht angesehen wurde. Niemand wird wohl für möglich halten, daß die Bürger dieser zweiten Hauptstadt des Reichs, die an Ehren und Rechten dem alten Rom gleich gestellt wurde, einem untergeordneten Stand hätten angehören können; aber die Freiheit von der Grundsteuer und das jus Quiritium am Boden war allerdings etwas Besonderes,

welches einer eigenen Verleihung bedurfte, und in der Erhebung zur Hauptstadt nicht von selbst mitbegriffen war.

So weit das Wesentliche der früheren Untersuchung, gegen welche seitdem Widersprüche von ganz verschiedener Art erhoben worden sind.

In der Darstellung und Prüfung dieser Widersprüche kann es auf die Zeitfolge nicht ankommen. Ich stelle gerade den neuesten Gegner meiner Ansicht voran, weil er nicht bloß einzelne in derselben enthaltene Sätze, sondern die Ansicht im Ganzen, in folgendem, durch originelle Forschung und neue Gedanken ausgezeichneten Werk, bestreitet:

Dureau de la Malle, économie politique des Romains. Paris 1840. T. 2. Liv. IV. Chap. VII.

Er bleibt ganz bei der früheren Auffassung stehen (p. 343.), und behauptet fortwährend die oben erwähnten Vier Stände der Römischen Staatseinwohner, unter welchen daher die Italiker die dritte Stelle einnehmen sollen. Sein Hauptbeweis liegt in einigen Stellen des Livius und des Cicero, worin für die ältere Zeit neben den Latini auch noch Socii anerkannt werden; dadurch soll das Daseyn eines sol-

chen besonderen Standes der Italiker, verschieden von den Latinen, bewiesen sein.

Wenn ich diese neue Vertheidigung der älteren Meinung mit der von mir aufgestellten Ansicht unbefangen vergleiche, so kann ich darin nicht sowohl einen eigentlichen Widerspruch, als ein bloßes Mißverständniß wahrnehmen, beruhend auf der Verwechslung von Zuständen, welche ganz verschiedenen Zeiten angehören. Die Möglichkeit dieses Mißverständnisses mag vielleicht auf der Mangelhaftigkeit meiner früheren Darstellung beruhen; gelänge es mir nun, gegenwärtig das Wesen der Sache vollständiger zur Anschauung zu bringen, und dadurch jenes Mißverständniß zu beseitigen, so dürfte ich hoffen, die Anerkennung der Wahrheit zu fördern, auch ohne im strengsten Sinn Neues vorzutragen.

Alles beruht auf der scharfen Unterscheidung des Zustandes vor dem Bundesgenossenkrieg von dem nach diesem Kriege eingetretenen Zustand.

Vor dem Bundesgenossenkrieg, seitdem ganz Italien der Römischen Herrschaft unterworfen war, finden wir im Römischen Staat folgende Arten freier Einwohner:

1) Cives Romani, das heißt, die Einwohner von Rom selbst, ferner die Bürger der coloniae civium, endlich die Bürger der Munici-

pien, ohne Rücksicht auf deren Volksabstammung.

2) Latini; das heißt, die Bürger der alten Städte Latinischer Nation, mit Ausnahme derjenigen, welche zu Municipien erhoben worden waren: ferner die zahlreichen und angesehenen coloniae Latinae.

3) Socii; das heißt die freien Einwohner von Italien, die nicht zu jenen beiden Arten gehörten, von sehr verschiedenen Volksstämmen.

4) Provinzialen; das heißt, die freien Unterthanen der Römer außer den Gränzen von Italien.

Das Daseyn dieser Vier Arten ist völlig unbestreitbar, auch niemals von mir bezweifelt worden; die oben erwähnten Stellen des Livius und des Cicero, worin Socii et Latini erwähnt werden, können also auch nicht zur Widerlegung meiner Ansicht dienen. Aber Zweierlei ist dabei zu bemerken. Erstlich, wenn man die Socii Italiker nennen will, so mag man es thun; recht passend ist der Name nicht, weil er auf die Latinen völlig eben so anwendbar ist. [1]

[1] In der Rede de Harusp. resp. C. 9. steht allerdings Italos, ipsos ac Latinos, und eben so heißt der Bundesgenossenkrieg abwechselnd Italicum und sociale bellum. Aber technisch bestimmt war dieser Ausdruck (als Gegensatz der Latini) niemals, und der genauere Gegensatz war stets: Italicus und provincialis, wie bei Plinius epist. IX. 23.

Besonders aber (und Das ist nicht unwichtig) kommt jus Italicum als Bezeichnung ihres Zustandes bei keinem einzigen alten Schriftsteller vor, ja es konnte gar nicht so vorkommen; denn dieser Ausdruck deutet auf einen gleichförmigen und dauernden Rechtszustand, anstatt daß die Rechte jener Socii unter sich verschieden, und auch nicht zu allen Zeiten dieselben waren. — Zweitens bildeten jene unbezweifelten vier Arten von Einwohnern nicht auch vier verschiedene Stände oder Classen. Dazu würde gehören ein eigenthümlicher, gleichförmiger, dauernder Rechtszustand, wodurch sich jede dieser Arten von den übrigen unterschieden hätte; daß es aber hieran gänzlich fehlte, ist so eben schon bei den Socii bemerkt worden. Fragt man nach den in jenem Zeitraum vorhandenen Ständen, so dürfen nur Zwei angenommen werden: Cives und Peregrini, welcher zweite Stand die Latini, Socii und Provinzialen gleichmäßig umfaßte. Dafür haben wir sogar ein ausdrückliches Zeugniß in einer Stelle des Gajus (I. §. 79.), welche zwar lückenhaft, in diesem Punkt aber ganz deutlich ist. Nachdem hier von den Latinen der späteren Zeit die Rede gewesen war, warnt er gegen die Verwechslung derselben mit den alten Latinen (vor dem Bundesgenossenkrieg) in folgenden Worten:

sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios po-

pulos propriasque civitates habebant, *et erant peregrinorum numero.*

Er will damit sagen, daß es in jener älteren Zeit überhaupt keinen Mittelstand zwischen Cives und Peregrini gab, indem diese zwei Stände damals alle freie Einwohner des Staats in sich schlossen.

Dieses Alles nun hat sich von Grund aus geändert gleich nach dem Bundesgenossenkrieg. Damals wurde nämlich das Römische Bürgerrecht an ganz Italien, ja sogar an das cispadanische Gallien ertheilt. [1]) Jetzt waren die oben erwähnten mittleren Arten freier Einwohner (Latini und Socii) völlig verschwunden, indem sie mit der ersten Art (Cives) vereinigt worden waren, so daß es jetzt nur noch Römische Bürger und Provinzialen gab, welche letzten Peregrini waren. Allein zu gleicher Zeit fanden es die Römer nöthig, einen neuen Mittelstand zwischen den Cives und Peregrini zu bilden; eine ganz künstliche, willkürliche Einrichtung, ohne Zweifel zu dem Zweck getroffen, um die Erhebung der Peregrinen, die man begünstigen wollte, durch allmälige Uebergänge zu vermitteln. Man wählte zur Bezeichnung dieses neu erfundenen Mittelstandes den Namen La-

[1]) Vgl. über diese und die gleich folgende Veränderung: die Abhandlung über die Tafel von Heraklea [Num. XXXIV. der vorliegenden Sammlung vermischter Schriften].

tini, der also jetzt nicht mehr, wie früher, einen Volksstamm, sondern einen abgesonderten Stand bezeichnete. Das Recht dieses neu erfundenen Standes läßt sich als eine halbe Civität bezeichnen, indem die Mitglieder desselben das Commercium haben sollten, gleich den Cives, aber das Connubium entbehren, gleich den Peregrini. Daneben war ihnen das Recht verliehen, in bestimmten Fällen die Civität zu erwerben; insbesondere sollte dieser Erwerb jedem Latinen zu Theil werden, der in seiner Vaterstadt ein obrigkeitliches Amt bekleidet hatte. Diese Einrichtung wurde zunächst getroffen für die Transpadaner, das heißt, für die Bewohner des Landes zwischen dem Po und den Alpen. Bald aber wurde dasselbe Standesrecht vielen Städten, ja ganzen Ländern außer Italien gegeben; die Transpadaner selbst traten nach vierzig Jahren aus diesem Mittelstand in den Stand der Cives hinüber. Außerdem wurde jener neu erfundene Mittelstand auch auf die freigelassenen Sklaven in besonders bestimmten Fällen angewendet.

Von dieser Zeit an gab es drei Stände mit genau bestimmten Rechten: Cives, mit Commercium und Connubium, Latini, mit Commercium ohne Connubium, Peregrini, ohne Commercium und ohne Connubium. Theilnahme an den politischen Rechten der Römischen Republik (Suffragium und Hono-

res) hatte nur der erste Stand allein. Diese drei Stände, nicht mehr, nicht weniger, bestanden also bald nach der Mitte des siebenten Jahrhunderts der Stadt; sie erhielten sich, mit diesen Benennungen, bis auf Justinian, obgleich mit manchen Veränderungen in der Anwendung dieser Standesrechte. Gajus und Ulpian legen diese drei Stände dem ganzen Rechtssystem zum Grunde, und bezeugen auf unwidersprechliche Weise nicht blos das Daseyn, und zwar das ausschließende Daseyn derselben, sondern auch die Wichtigkeit dieser Classification. Von einem vierten Stande, den Italikern, ist dabei nie die Rede, ja es konnte davon nicht die Rede sein. Diejenigen, welchen man etwa ehemals diesen Namen beilegen mochte, waren ja längst in den ersten Stand eingetreten. Sie gehörten nunmehr, als cives Romani, zu derselben Classe, wie die Römischen Cornelii, Marcelli, Metelli, und hatten mit ihnen gleiche politische Rechte. Ein solcher Italiker war Cicero, und welche Ehre und Macht im Römischen Staate wäre ihm verschlossen gewesen?

Aus diesen Gründen also ist die Annahme eines vierten Standes, und namentlich eines Standes der Italiker, für die letzte Zeit der Republik und die ganze Kaiserzeit ganz unzulässig. Dennoch wird ein jus Italicum erwähnt, von dem ältern Plinius an.

bis auf Justinian, und dessen Bedeutung muß daher festgestellt werden. Es kommt aber dieses jus Italicum überall als Eigenschaft und Vorrecht einzelner Städte vor, nicht als Recht von Individuen. Worin dasselbe als Recht von Städten bestand, habe ich oben angegeben; ein eigenthümlicher, und zwar untergeordneter Stand der Einwohner kann dazu nicht gehört haben, da unter diesen Städten vielleicht keine einzige war, deren Einwohner nicht die Civität gehabt hätten [1]).

Betrachtet man die Sache in diesem geschichtlichen Zusammenhang, so wird es mir schwer, einen eigentlichen Widerspruch zwischen meiner Ansicht und der Ansicht des angeführten Französischen Schriftstellers zu entdecken. Alles, was derselbe behauptet und mit Stellen alter Schriftsteller belegt, findet in meiner Darstellung seine Stelle und völlige Anerkennung. Die wichtigen Veränderungen aber, die in Folge des Bundesgenossenkrieges eintraten, sind schwerlich zu bezweifeln, und die nothwendigen Folgen dieser Veränderungen möchten auch kaum zu bestreiten sein. Und so ist in der That zwischen mir und

[1]) Denkbar wäre das Recht bei einem oppidum Latinum gewesen, bei geringerem Zustand der Stadtbürger gewiß nicht. (s. o. S. 56.) Die meisten dieser Städte waren Militärcolonieen, dann aber stets coloniae civium.

diesem meinem Gegner mehr Einverständniß, als dieser selbst annimmt.

---

§. 2.

Ferner hat Widerspruch gefunden meine Behauptung, daß das jus Italicum keine eigentlich persönlichen Vorrechte der Stadtbürger enthalten habe. Es wird dagegen behauptet, die Bürger einer solchen Stadt hätten auch das Vorrecht erhalten, durch vier Kinder von der Tutel und von andern bürgerlichen Lasten befreit zu werden, anstatt daß die übrigen Provinzialen dazu fünf Kinder bedurften [1]).

Wäre diese Behauptung auch an sich richtig, so würde darin doch nur ein unbedeutender Zusatz zu jenen Vorrechten gelegen haben, gewiß nicht der eigentliche Grund, der einer solchen Verleihung irgend einen Werth beilegen konnte. Allein ich halte die Behauptung selbst, aus folgenden Gründen, für ganz unwahrscheinlich.

[1]) Walter, Rechtsgeschichte. Ausg. 2. §. 301, mit Rücksicht auf Fragm. Vat. §. 191. 192. 247, pr. J. de excus. (1. 25), und andere Stellen. Schon früher ist dieses Recht als Bestandtheil des jus Italicum angegeben worden von Schwarz de j. Ital. cap. 1. §. XI. — Man könnte im Sinn dieser Behauptung noch hinzufügen, daß die Bürger der Städte mit jus Italicum auch das Vorrecht der L. Furia de sponsoribus genossen hätten, da diese nur für Italien gelten sollte. Gajus III. §. 121. 122.

Worauf beruhte der Unterschied der drei, vier, fünf Kinder, die als Bedingung jener Befreiung gefordert wurden, je nachdem einer in Rom, Italien oder einer Provinz wohnte? Ohne Zweifel nicht auf einem Ehrenvorzug der Römer vor den Italikern, so wie dieser vor den Provinzialen, sondern vielmehr darauf, daß die Erhaltung einer Familie in Rom theurer und also schwieriger war, als in Italien, in Italien theurer, als in den Provinzen. Das erklärt sich theils aus dem größern Luxus, theils aus den höhern Preisen der Bedürfnisse in Rom und Italien. Hierin aber standen die Städte in den Provinzen einander gleich, und das jus Italicum einer Stadt machte das Leben in ihr nicht theurer.

Ferner sollte das jus Italicum offenbar eine Wohlthat seyn für die Stadt, die es erhielt, jene Veränderung aber wäre eine zweideutige Wohlthat gewesen; denn die Lasten, die einem Theil der Einwohner abgenommen wurden, drückten auf die übrigen um so härter. Ja die Corporation konnte dabei nur verlieren, indem die Anzahl der, zu den bürgerlichen Lasten verpflichteten, einzelnen Einwohner vermindert wurde.

Endlich spricht dagegen auch der Ausdruck der Vaticanischen Fragmente §. 191: civibus quidem Romanis earum tutelarum, quae Romae sunt in-

junctae, trium filiorum; earum vero, quae *in municipiis italicis* injunguntur, quattuor numero liberorum. Der Ausdruck in municipiis italicis scheint recht absichtlich gewählt, um den Gedanken an die in den Provinzen liegenden coloniae juris Italici auszuschließen.

Gesetzt aber auch, jene Behauptung wäre richtig, so würde deshalb dennoch nicht der erwähnte Unterschied unter die persönlichen oder Standes-Eigenschaften der Bürger einer colonia juris Italici gerechnet werden können. Derjenige, welcher durch Abstammung einer solchen Stadt angehörte, konnte sein Domicilium in einer Provinzialstadt haben; dann war er in beiden Städten zur Uebernahme von Vormundschaften verpflichtet. Wurden ihm nun solche wirklich in beiden Städten auferlegt, von welchen er sich durch seine Eigenschaft als Familienvater befreien wollte, so hätte er (nach jener Behauptung) zur Befreiung von der einen Vormundschaft vier, von der andern fünf Kinder bedurft, weil es auf den Ort der injungirten Vormundschaft ankam, so daß also selbst unter jener Voraussetzung das Privilegium der vier Kinder nicht als ein der Person inhärirendes Recht erscheint [1]).

[1]) Diese, wie mir scheint schlagende, Bemerkung macht Puchta, Institutionen I. S. 387 [zweite Ausg. §. 94. Note g].

Die hier erwähnte individuelle, oder persönliche, Bedeutung des jus Italicum soll auch noch unterstützt werden durch eine Inschrift aus der Stadt Vienne, deren jus Italicum schon anderwärts außer Zweifel gesetzt ist [1]), in welcher Inschrift nämlich das jus Italicum als Eigenschaft einer Person in folgenden Worten angegeben wird:

T. F. Verecund. Mag. eques alae I. Fla. Aug. Brit. ∞ C. R. jur. Italici an. XXXX. S. XIX..... [2]).

Diese Inschrift habe ich allerdings in dem Verzeichniß der Quellen, worin das jus Italicum erwähnt wird (S. 30. 31.), übersehen, und sie muß daselbst hinzugefügt werden. In derselben werden unter den Eigenschaften des Verstorbenen diese genannt: C. R. jur. Italici. — Das C. R. kann heißen civis Romanus, aber auch civium Romanorum; indessen scheint nach jeder dieser Auflösungen das jus Italicum als eine individuelle Eigenschaft ausgedrückt.

Allein wenn man noch so viel Gewicht auf die-

[1]) L. 8. §. 1. *de censibus* (50. 15.)

[2]) Gruter. 542, 7. Orelli Num. 3041. Im Einzelnen ist Manches in dieser Inschrift unsicher, die hier allein wichtigen Worte scheinen unzweifelhaft. Vgl. Saxii lapidum vetustorum epigrammata p. 40. — Walter, Rechtsgeschichte S. 327, (Ausg. 2. S. 301.) sagt irrig, es gebe mehrere Inschriften mit Erwähnung des jus Ital.; denn die von ihm citirte bei Gruter. 541, 8 hat davon kein Wort.

sen Ausdruck legen will, so bekommt doch dadurch die ältere Lehre von den Vier Ständen so wenig Unterstützung, daß sie vielmehr auch schon durch diese Inschrift völlig widerlegt wird, da hier jus Italicum in keinem Fall einen eigenthümlichen Stand in der Mitte zwischen Latinen und Peregrinen, sondern höchstens eine Modification in dem Stand der cives bezeichnen könnte. Die äußerste Folgerung aus dieser Behauptung, so wie aus der angeführten Inschrift, würde also vielmehr auf folgende Classification aller freien Einwohner des Römischen Reichs führen, und anders meint es auch Walter nicht, der keineswegs die alte Lehre von den vier Ständen vertheidigen will;

1) Cives juris Italici [1]),
2) Cives juris provincialis [2]),
3) Latini,
4) Peregrini.

Die durch diese Ausdrücke bezeichneten Begriffe sind unbedenklich als wahr zuzugeben; aber daß auch die Ausdrücke selbst als anerkannte, herrschende Kunstausdrücke gebraucht worden wären, ist ohne bestimmte Beweise nicht anzunehmen. Der in der vorliegenden

[1]) Einwohner von Rom, Italien oder einer colonia juris Italici.

[2]) Römische Bürger, die in einer gewöhnlichen Provinzialstadt wohnen.

Inschrift vorkommende Sprachgebrauch könnte, in Ermangelung gleichlautender Zeugnisse aus Schriftstellern, höchstens als ein ganz individueller zugegeben werden; allein auch dazu ist kein wahres Bedürfniß vorhanden, da die Voraussetzung einer Ellipse, wie sie in Inschriften wohl nicht selten sind, Alles befriedigend erklärt. Die Stelle ist nämlich nicht zu emendiren, aber in Gedanken so zu ergänzen:

(e colonia) civium Romanorum, juris Italici,

oder auch: civis Romanus, (e colonia) juris Italici.

Unter beiden Voraussetzungen werden hier dem Verstorbenen zwei verschiedene Eigenschaften zugeschrieben: erstlich war er Römischer Bürger, und zweitens Bürger einer solchen Colonie, die das jus Italicum hatte.

[Zusatz 1849. Ganz neuerlich ist die vorstehende, allerdings etwas mühsame, Abwehr der cives Romani juris Italici glücklicherweise völlig entbehrlich gemacht worden durch die Abhandlung von A. W. Zumpt: Ueber die Erwähnung des jus Italicum auf Inschriften, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 15. Hft. I. 1848. Num. I. S. 1—18. Ich will die Ergebnisse dieser sehr erschöpfenden Untersuchung hier kurz zusammen stellen.

1. Die Inschrift ist nicht mehr vorhanden. Die genaueste Abschrift findet sich bei Lipsius in

einem Anhang zu Smetii inscriptiones antiquae.

2. Das juris Italici, worauf hier Alles ankommt, beruht nicht auf der Leseart des Originals, sondern auf einer Emendation.

3. Diese Inschrift muß aber vielmehr so hergestellt werden:

T. F. Verecundo Mac. equiti alae I. Fla. Aug. Brit. ∞ C. R. ing. Italic. (Ingenuorum Italicorum).

4. Diese Inschrift war gefunden, nicht in Vienne in Südfrankreich, einer colonia juris Italici, sondern: extra Viennam apud flumen Viennam, also bei Wien in Oesterreich, wo von einem jus Italicum niemals die Rede war.

5. Damit verschwindet also jede mögliche Beziehung auf das jus Italicum, sowohl die, welche aus dem Inhalt, als die, welche aus dem Fundort bisher versucht worden war.

In derselben Abhandlung wird auch von einer zweiten Inschrift, worin übrigens das jus Italicum auch nicht einmal in den bisherigen Ausgaben vorkommt, gezeigt, daß sie gleichfalls nicht in Vienne (wie man bisher glaubte), sondern in oder bei Wien aufgefunden worden ist.]

§. 3.

Es wird außerdem angefochten die von mir aufgestellte Meinung, daß das Daseyn Italischer Magistrate zu den Bestandtheilen des jus Italicum gehört habe, da sich auch in Städten, die dieses Recht nicht hatten, Duumviri und Quatuorviri fänden [1]).

Untersuchen wir zuvörderst die Thatsache, so ist es unzweifelhaft, daß aus einer nicht geringen Zahl von Städten Inschriften mit Duumvirn und Quatuorvirn gefunden worden sind, von welchen wir anderwärts keine Nachricht haben, daß sie das jus Italicum besaßen [2]). Für entscheidend jedoch kann ich diesen Umstand nicht halten. Die Notizen, welche wir über die mit jus Italicum versehenen Städte haben, sind so zufällig und fragmentarisch auf uns gekommen, daß sehr wohl alle jene Städte dasselbe gehabt haben können, ohne daß wir es anders, als aus den erwähnten Inschriften mit Italischen Obrigkeiten, erfahren.

[1]) Walter, Rechtsgeschichte, S. 326. 328. (Ausg. 2. §. 298. 301.) Zweifelnd erklärt sich hierüber Hollweg, Handbuch des Prozesses, Bd. 1. S. 121. 122. [Vgl. zur Erläuterung dieses Theils meiner Lehre, und zur Bestätigung derselben, die Geschichte des R. R. im Mittelalter Bd. 1. §. 20. 21.]

[2]) Die meisten dieser Städte sind zusammengestellt bei *Orelli* Cap. XVI. §. 15. Außerdem gehören dahin auch noch Genf, Aventicum und Salzburg. *Orelli* Num. 253. 254. 344. 496. 497.

Für ganz unrichtig halte ich es, wenn man allen in die Provinzen ausgesandten Colonieen eine Verfassung gleich den Italischen Colonieen und Municipien, mit Duumvirn und ähnlichen Obrigkeiten, zuschreiben wollte [1]). Davon sagt ausdrücklich das Gegentheil Ulpian [2]):

> Sciendum est, esse quasdam colonias juris Italici .... Est et Heliopolitana, quae a D. Severo per belli civilis occasionem *Italicae coloniae rempublicam* accepit.

Diese Stadt bestand also zuerst ohne jus Italicum; nachher verlieh es ihr der Kaiser bei Gelegenheit des Bürgerkrieges, und diese Verleihung drückt hier Ulpian aus als Verleihung einer solchen Verfassung, wie sie in jeder Italischen Colonie gefunden wird. Daraus glaube ich folgern zu dürfen, daß die Verleihung des jus Italicum an eine schon bestehende Colonie gerade in Ertheilung der freien Verfassung mit selbstgewählten Duumvirn u. s. w. als besondere Auszeichnung vor andern nicht mit diesem Namen versehenen Colonieen bestand. Auch gab es in der That für diese ehrenvolle Auszeichnung keinen passenderen Namen, als eben jus Italicum.

Ich will dabei die Möglichkeit nicht bestreiten,

[1]) Dieses behauptet Walter S. 326. (Aug. 2. §. 298).

[2]) L. 1. *pr.* §. 2. *de censibus* (50. 15.)

daß das Recht einer solchen Verfassung (vielleicht auch nur das Recht, solche Titel für die Stadtvorsteher zu führen) als ein einzelnes Privilegium hätte gegeben werden können, ohne Steuerfreiheit und ohne jus Quiritium am Boden; etwa so, wie umgekehrt anderen Städten die Steuerfreiheit allein gegeben wurde; in beiden Fällen war dann der Name jus Italicum nicht anwendbar [1]). Diese Möglichkeit bestreite ich nicht, aber für wahrscheinlich kann ich es nicht halten. Denn eine ausgebildete Verfassung, wie die der Italischen Städte, war so sehr das vornehmste, ehrenvollste unter jenen Rechten, daß es schwerlich einzeln verliehen seyn wird, wo nicht die Absicht vorhanden war, einer Provinzialstadt völlige Gleichheit mit den Städten in Italien mitzutheilen.

---

§. 4.

Endlich ist von einem neueren Schriftsteller noch folgende neue Lehre von dem jus Italicum aufgestellt worden, welche, wenn sie wahr ist, alle bisherigen Ansichten, also auch die meinige, vernichtet [2]).

[1]) L. 8. §. 7. *de censibus* (50. 15.) sagt dieses für den letzten Fall ausdrücklich. — Wesentlich dieselbe Meinung, die ich hier vortrage, ist ausführlich und gründlich dargestellt von Puchta, Institutionen I. §. 94. 95.

[2]) Schultz, Staatswissenschaft der Römer. Köln 1833. §. 58. 59, besonders S. 439—443. Es ist zu bemerken, daß nach diesem Schrift-

Eine eigentliche Beweisführung, so wie eine Widerlegung seiner Vorgänger, hat derselbe nicht versucht.

Sulla nämlich soll folgende neue Verfassung des Römischen Staats vorbereitet haben, die dann von August weiter gebildet und von Tiber vollendet wurde. Es wurden, je nach dem Vermögen, drei Classen gebildet: Reiche, Mittelstand und Arme. Die Reichen allein sollten hinfort volles Bürgerrecht haben, die zwei niederen Classen wurden für Freigelassene erklärt, und sie sollten als Clienten und Colonen der ersten Classe betrachtet werden. Der zweite Stand bekam nun den Namen Latini Juniani, der dritte Dediticii. Diese Verfassung war aber zunächst nur für Italien erfunden, nicht für die Provinzen; aus besonderer Gunst wurde sie einzelnen Provinzialstädten mitgetheilt, und dieses nannte man das jus Italicum solcher Städte.

Wenn ich diese Lehre, welcher Niemand die Eigenschaft der Originalität bestreiten wird, zu widerlegen suchen wollte, so würde man sich darüber vielleicht noch mehr verwundern, als über die Lehre selbst.

---

§. 5.

[Zusatz 1849.] Neuerlich ist noch folgender Ver-

steller auch schon früher nicht nur die ganze niedere plebs, sondern sogar alle Socii nominis Latini für Cives *libertini* ordinis erklärt wurden. S. 240. 413.

fuch gemacht worden, den Vorrechten, aus welchen das jus Italicum besteht, ein neues hinzu zu fügen. Cicero erwähnt beiläufig und tadelnd, daß die sonst so gerechten Römer ihren Unterthanen jenseits der Alpen den Oelbau und Weinbau untersagt hätten, um den eigenen Gewinn aus diesen Bodennutzungen, durch die verhinderte Concurrenz, höher zu heben.

Cicero de re publica III. 9: Nos vero justissimi homines, qui transalpinas gentes oleam et vitem serere non sinimus, quo pluris sint nostra oliveta nostraeque vineae: quod cum faciamus, prudenter facere dicimur, juste non dicimur.

Huschke faßt Dieses auf als einen Gegensatz zwischen Italien und den Provinzen, folglich als einen Vorzug Italischer Städte, der einer Provinzialstadt durch Ertheilung des jus Italicum verliehen worden wäre [1]).

Aus zwei Gründen kann ich dieser Behauptung nicht beitreten. Erstens war jenes seltsame Monopol gewiß etwas sehr Vorübergehendes, vielleicht nie streng Durchgeführtes, wie Huschke selbst zugiebt, indem wir auch nachher jene Culturarten außer Italien oft erwähnt finden. Schon deshalb kann es nicht als Bestandtheil einer festen, Jahrhunderte lang

[1]) Huschke über den Census und die Steuerverfassung der früheren Römischen Kaiserzeit. Berlin 1847. S. 116. 117. 118.

dauernden, Institution des Römischen Staatsrechts, wie es das jus Italicum unzweifelhaft war, angesehen werden. Vollends hatten die späteren Vorschriften mancher Kaiser (Huschke 118.) einen so verschiedenen Charakter und waren so wechselnd, daß Niemand versuchen wird, das jus Italicum in Verbindung damit zu bringen.

Zweitens bezieht sich das jus Italicum auf den allgemeinen Gegensatz zwischen Italien und den Provinzen; die oben erwähnte Zurücksetzung dagegen betraf gar nicht die Provinzen als solche, also auch nicht alle Provinzen, sondern nur die Länder jenseits der Alpen, also zunächst Gallien; es ist keine Spur vorhanden, daß Sicilien, Griechenland mit seinen Inseln, Cypern u. s. w. jemals verhindert worden wären, Oel und Wein zu bauen. Diesem Einwurf sucht Huschke dadurch zu begegnen, daß er annimmt, auf die transmarinischen Gegenden habe sich das Verbot wohl gar nicht bezogen, weil sie Italien zu fern lagen, d. h. weil ihre Entfernung ohnehin keine Concurrenz hätte besorgen lassen. Allein gerade Oel und Wein sind Waaren, die auch den Handel in die Ferne wohl ertragen, besonders von Küstenländern aus, die den Vortheil des Seeverkehrs benutzen können.]

IV.

Ueber die erste Ehescheidung in Rom.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 21. Julius 1814.

Erste Ausgabe, Abhandlungen der Akademie von 1814 und 1815. Berlin 1818. S. 61—66 der historisch-philologischen Classe.

Zweite Ausgabe, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 5, Hft. 3. 1825. Num. VII. S. 269—279. Die in dieser zweiten Ausgabe hinzugefügten Zusätze sind, durch Klammern [] bemerklich gemacht worden.

Alle Zeugnisse der alten Schriftsteller stimmen darin überein, daß in Rom in den fünf ersten Jahrhunderten der Stadt keine Ehescheidung vorgefallen sei. Das erste Beispiel gab Sp. Carvilius Ruga um das Jahr der Stadt 520. Nach der ausführlichsten Erzählung, welche Gellius [1]) an zwei Stellen

[1]) L. 4. C. 3. L. 17. C. 21.

davon giebt, war die Veranlassung diese. Carvilius lebte in unfruchtbarer Ehe. Nun hatten ihm bei dem Census die Censoren einen Eid abgenöthigt: „uxorem se liberorum quaerendorum gratia habiturum.“ Kinder aber konnte er von dieser Frau nicht mehr hoffen, und wiewohl er sie zärtlich liebte, entschloß er sich dennoch zur Trennung, weil ihm die Heiligkeit des Eides mehr galt, als seine Liebe. Nach dieser Erzählung ist gar nicht zu zweifeln, daß Gellius selbst angenommen hat, die Censoren hätten eben diesen Erfolg zur Absicht gehabt, indem sie den Eid forderten. So haben es auch die Neueren gemeint, und diese Geschichte ist daher auf die bekannte Sorgfalt der Censoren für die Bevölkerung bezogen worden [1]), indem diese durch kinderlose Ehen so sehr, als durch Ehelosigkeit, gehindert werden kann.

Allein diese Deutung halte ich für ganz irrig. Zuerst wird nämlich diese Ehescheidung auch von Dionysius und Valerius Maximus erwähnt [2]), zwar weniger bestimmt und ausführlich als bei Gellius, aber mit dem bedeutenden Zusatz, daß das Volk die Handlung des Carvilius sehr mißbilligt habe. Es läßt sich aber nicht denken, daß ihn die-

[1]) Z. B. von *Ramos* ad L. Jul. et Pap. Lib. 1. C. 5. bei *Meerman* T. 5.

[2]) *Dionysius* L. 2. C. 72. *Valerius Maximus* L. 2. C. 1. §. 4

ser Tadel getroffen hätte, wenn er bloß den Censoren gehorsam gewesen wäre. Dazu kommt noch die große innere Unwahrscheinlichkeit dieser Gestalt der Erzählung. Daß nämlich die Censoren zur Ehe ermahnten, auch daß sie den, welcher ohne Ehe alt geworden war, bestraften [1]), ist nicht zu bezweifeln; sie hatten es dabei bloß mit dem Egoismus zu thun, welcher der Liebe zum Vaterland weichen sollte. Anders war es bei kinderlosen Ehen. Die Ehe an sich war ein würdiges, verehrtes Verhältniß, und schwerlich hätte es ein Censor wagen dürfen, zu einer leichtsinnigen und willkürlichen Behandlung dieses Verhältnisses den ersten Anstoß zu geben. Zu dieser Unwahrscheinlichkeit aber kommt noch eine zweite. Niemand wird glauben, daß die Ehe des Carvilius damals die einzige kinderlose in Rom gewesen sei; gab es aber mehrere, so hatten die Censoren gleichen Grund, sie zu trennen, und dann konnte nicht jene zu einer so ausschließenden Celebrität kommen.

Indem ich nun eine andere Erklärung versuchen will, muß ich sogleich auf den Mittelpunkt der ganzen Untersuchung aufmerksam machen: dies ist die Formel uxor liberorum quaerendorum caussa. Offenbar versteht man diese von dem individuellen Mo-

[1]) *Valerius Maximus* L. 2. C. 9. §. 1.

tiv der Ehe, von dem vorherrschenden Begehren der Nachkommenschaft, so daß der Ausdruck bei einer entschieden kinderlosen Ehe eben so unpassend sein würde, als bei einer solchen, die aus Habsucht oder Ehrgeiz geschlossen wäre. Allein diese Erklärung ist irrig. Vielmehr geht dieser Ausdruck auf den allgemeinen Charakter der ernstlich gemeinten Ehe überhaupt, und uxor liberorum quaerendorum caussa heißt genau so viel, als uxor, von welchem Begriff jenes bloß der verstärkte, feierliche Ausdruck ist [1]. Die Beweise sind diese:

1) *Ennius* ap. Festum v. quaeso: „in Cresphonte: *ducit me uxorem liberorum sibi quaesendum gratia,* et in Andromeda: *liberum quaesendum causa familiae matrem tuae.*"

2) [*Plautus* in Captivis Act. 4. Sc. 2. v. 109: „*Liberorum quaerendorum causa,* ei, credo, *uxor data est.*"]

3) *Varro* ap. Macrobium Saturnal. Lib. 1. C. 16. „Mundus cum patet, deorum tristium atque

[1] [Vgl. *Brissonius* de formulis Lib. 6. C. 122, und Dirksen Versuche zur Kritik. Leipzig 1823. S. 53. — Jener feierliche Ausdruck der wahren Ehe konnte nun zu allen Zeiten dazu dienen, den Gegensatz des Concubinats zu bezeichnen; seit der lex Julia konnte er außerdem auch noch im Gegensatz derjenigen Ehen gebraucht werden, welche (z. B. von ganz alten Leuten) zum Schein, und zwar in der besonderen Absicht geschlossen wurden, die Strafen des Cölibats zu umgehen.]

inferum quasi janua patet. Propterea non modo praelium committi, verum etiam dilectum rei militaris caussa habere, ac militem proficisci, navim solvere, *uxorem liberum quaerendorum causa ducere* religiosum est.

4) [*Valerius Maximus* Lib. 7. C. 7. N. 4: „Dotem, quia *non creandorum liberorum caussa conjugium intercesserat,* virum retinere vetuit.“]

5) *Tacitus* Annnal. XI. 27. „Haud sum ignarus, fabulosum visum iri . . . Consulem designatum cum uxore principis, praedicta die, adhibitis qui obsignarent, *velut suscipiendorum liberorum caussa,* convenisse; atque illam audisse auspicum verba“ rel.

6) [*Suetonius* in Julio Caesare Cap. 52: „Helvius Cinna trib. pleb. plerisque confessus est, habuisse se scriptam paratamque legem, quam Caesar ferre jussisset, quum ipse abesset, uti *uxores liberorum quaerendorum caussa,* quas et quot vellet, ducere liceret.“]

7) *Ulpianus* tit. 3. §. 3. „Liberis jus Quiritium consequitur Latinus, qui minor 30 annorum . . fuit: nam lege Junia cautum est, ut si civem Romanam, vel Latinam uxorem duxe-

rit, testatione interposita, *quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit*" rel [1]).

8) Aur. *Augustini* Sermo 51. C. 13. (ed Paris. 1683. f. T. 5.): „recitantur tabulae . . . et recitatur: *liberorum procreandorum causa:* et vocantur tabulae matrimoniales. Nisi ad hoc dentur, ad hoc accipiantur uxores, quis sana fronte dat filiam suam libidini alienae [2])?"

In allen diesen Stellen, aus so verschiedenen Zeiten sie auch herrühren, ist doch die Bedeutung des Ausdrucks stets dieselbe. Er bezeichnet in allen nicht einen besonderen, persönlichen Beweggrund, sondern die allgemeine Natur der Ehe überhaupt, die dadurch stets mit einer gewissen Feierlichkeit ausgedrückt werden soll. Bei Ulpian insbesondere kommt der Ausdruck vor als eine gerichtliche Formel, wodurch die Absicht, eine eigentliche wahre Ehe zu schließen, außer Zweifel gesetzt werden soll, bei Augustin aber als regelmäßiger Bestandtheil der schriftlichen Eheverträge.

Diese Bedeutung des Ausdrucks läßt sich auch leicht erklären. Die Kinder einer Concubine waren

[1]) [Die Parallelstelle bei Gajus I. §. 29. ist gerade in den hier einschlagenden Worten lückenhaft.]

[2]) Add. *Ejusd.* Sermo 292. in append. *Id.* de moribus Manichaeorum L. 2. C. 18. (op. T. 1.)

juristisch betrachtet ohne Vater, so daß allerdings nur in der wahren Ehe [1]) einem Manne Kinder geboren werden konnten, die als die seinigen anerkannt wurden.

Demnach betraf der Eid, welchen Carvilius schwören sollte, die Frage, ob er in der Ehe oder ehelos lebe. Und diese Erklärung wird durch eine andere Erzählung bestätigt, die bei Cicero und Gellius vorkommt [2]). Der Censor Cato fragte den L. Porcius: ex tui animi sententia, tu uxorem habes? worauf dieser antwortete: habeo equidem uxorem, sed non hercule ex mei animi sententia. Zur Strafe des unzeitigen Spaßes wurde dieser unter die Aerarier gesetzt; denn ex animi sententia hieß: auf dein Gewissen, und war der gewöhnliche Ausdruck einer feierlichen Frage [3]). Die Frage des Cato war also bloß auf das Daseyn der Ehe gerichtet, ganz, wie ich für unsern Fall annehme, und Gellius nennt diese Frage des Cato die herkömmliche: „Censor adigebat de uxoribus sollemne jusjurandum,“ und nachher: „uti mos erat.“

[1]) Ob diese juristisch vollgültig war, oder nicht, darauf kam es nicht an. Denn in dem Fall bei Ulpian war die Ehe zunächst noch ohne connubium geschlossen, also nach Civilrecht ungültig, d. h., es war kein justum matrimonium.

[2]) *Cicero* de oratore L. 2. C. 64. *Gellius* L. 4. C. 20.

[3]) *Ciceronis* acad. quaest. L. 2. C. 47.

Nimmt man diese Erklärung an, so sind die Censoren von allem Vorwurf der Theilnahme an dieser Ehescheidung gereinigt: sie fragten bloß nach der Ehe, und dachten nicht daran, eine kinderlose Ehe aufzulösen. Aber was bestimmte sie überhaupt zu dieser Frage? Und warum ließen sie die Antwort beschwören?

Was die Frage selbst betrifft, so kann man sie aus der oben bemerkten Sorge für die Bevölkerung erklären. Sie fragten dann bei Jedem nach der Ehe, um den Ehelosen zur Ehe ermahnen oder gar strafen zu können. Diese Erklärung ist allerdings zulässig, und sie ist frei von den Widersprüchen, um deren willen jene andere Meinung oben verworfen werden mußte. Allein für entschieden richtig halte ich sie keineswegs; denn daraus, daß jene Ermahnungen und Strafen der Censoren vorkamen, folgt gar nicht, daß sie gewöhnlich und bei allen Censoren vorkamen, so wie Dieses Gellius von der Frage nach der Ehe bemerkt. Vielmehr läßt es sich denken, daß sie nur selten und von wenigen Censoren versucht wurden, und daß man die Nachricht davon gerade ihrer Seltsamkeit wegen aufbewahrt hat. Auch läßt sich in der That ein anderer viel allgemeinerer Zweck der Frage angeben. Bekanntlich verfertigten die Censoren jedesmal eine neue Liste aller

Bürger; diese Liste aber enthielt, wie ich sogleich beweisen werde, nicht bloß die Namen, sondern bei jedem Namen auch die Bemerkung persönlicher Verhältnisse, mehr oder weniger, nach Gutbefinden der Censoren, welche gewiß darin sehr freie Hand hatten. Nun ist es sehr denkbar, daß unter diesen bemerkenswerthen persönlichen Verhältnissen auch die Ehe oder Ehelosigkeit aufgezeichnet wurde, wodurch man die wünschenswertheste Uebersicht aller bestehenden Ehen erhielt.

Aber warum forderten endlich die Censoren den Eid? Dieser Umstand scheint am meisten zu der oben widerlegten Erklärung beigetragen zu haben. Die Censoren, setzt man voraus, ließen den Carvilius schwören, daß er in einer Ehe liberorum quaerendorum caussa leben wolle, was bei seiner unfruchtbaren Frau so viel hieß, als sich scheiden und eine andere Ehe schließen. Allein der Eid ging gar nicht auf das Künftige, sondern auf das Gegenwärtige; die Censoren wollten nicht Etwas bewirken, sondern Etwas erfahren, und es gehörte überhaupt zu dem alten Herkommen und zur Feierlichkeit der ganzen Handlung, daß jeder Bürger, er mochte glaubwürdig sein oder nicht, Alles, was er vor dem Censor ausgesagt hatte, beschwören mußte. War Dieses der Fall, so ist es klar, daß der Eid so wenig, als alles Uebrige,

auf die individuellen Verhältnisse des Carvilius und auf dessen Ehescheidung berechnet war. Merkwürdig ist dabei der Ausdruck des Eides, welchen Gellius angiebt. In einer Stelle sagt er (XVII. 21): „jurassetque apud censores, uxorem se . . . *habere*", und damit stimmt die noch bestimmtere Formel in der Erzählung von Cato: „uxorem *habes?*" überein. Allein in der andern Stelle (IV. 3.) sagt er: „jurare a censoribus coactus erat uxorem se . . . *habiturum*", welcher ganz verschiedene Ausdruck offenbar aus dem Mißverständniß des Hergangs selbst bei ihm entstanden ist.

Ich habe nun noch Dasjenige zu beweisen, was ich über die Reichhaltigkeit der Censorischen Listen, und über den Eid als allgemeine Bestärkung aller Angaben vor dem Censor behauptet habe. Als in Folge des italischen Kriegs die römische Civität über ganz Italien verbreitet wurde, fand man manche besondere Einrichtungen für die Municipien nöthig. Vieles dahin Gehörige enthält die von Mazochi commentirte lex, die unter dem Namen tabula Heracleensis bekannt ist, und deren historisches Verhältniß bis jetzt noch nicht befriedigend hat erklärt werden können [1]. Unter Anderm wird hier ein Local-

[1]) [Zusatz der 3. Ausg. Vgl. unten Num. XXXIV. der gegenwärtigen Sammlung.]

census für diese Municipalen, gleichzeitig jedesmal mit dem Römischen Census, und mit Beobachtung ähnlicher Formeln, vorgeschrieben. Die Stelle ist diese [1]): „quae municipia, coloniae, praefecturae civium Romanorum in Italia sunt, erunt, qui in eis municipiis, coloniis, praefecturis maximum magistratum, maximamve potestatem ibi habebit, tum cum Censor aliusve quis magistratus Romae populi censum aget, is diebus sexaginta proximis, quibus sciet Romae censum populi agi, omnium municipum, colonorum suorum, quique ejus praefecturae erunt, qui cives Romani erunt, censum agito, eorumque nomina, praenomina, *patres, patronos, tribus, cognomina, et quot annos quisque eorum habet,* et rationem pecuniae ex formula census, quae Romae . . . proposita erit, ab iis *juratis* accipito“ rel. Die Nebenumstände, die hier ausdrücklich zu bemerken vorgeschrieben sind, so wie die eidliche Bekräftigung jeder Angabe im Ganzen mit allen ihren Umständen, stimmt ganz mit meinen Behauptungen überein, und gewiß waren diese Vorschriften nicht neue Erfindung für diesen Fall, sondern alt-Römische Sitte, auf die neuen Municipien jetzt zuerst angewandt. Die Ehe ist freilich nicht unter den aufzuzeichnenden Stücken genannt,

[1]) *Maxochii* tabulae Heracleenses p. 454.

obgleich Gellius ausdrücklich bemerkt, daß darüber die Censoren regelmäßig zu fragen pflegten; sei es nun, daß diese Frage zur Zeit des italischen Krieges abgekommmen war, oder daß man sie nur nicht in den neuen Municipien nöthig fand, die Wahrscheinlichkeit unsrer Erklärung leidet dabei nicht.

Als Resultat ergiebt sich nun folgender Zusammenhang der Geschichte des Carvilius. Die Censoren hatten ihn, wie alle Andern, befragt, ob er eine uxor liberorum quaerendorum caussa habe, d. h. ob er in der Ehe lebe; er hatte Dieses bejaht und beschworen. Nachher aber, seiner kinderlosen Ehe überdrüssig, behauptete er mit heuchlerischer Religiosität, daß er falsch geschworen habe; denn von dieser Ehe könne er ja keine Kinder erwarten. Von diesem übereilten falschen Eid könne er sich nur dadurch reinigen, daß er ihn hinterher wahr mache; darum müsse er diese Ehe aufheben und eine andere schließen. Dieses war ohne Zweifel der Vorwand des Carvilius; er, wie L. Porcius, hatte mit dem Buchstaben der feierlichen Formel sein Spiel getrieben, und wie dieser zur Strafe seines Spaßes zum Aerarier gemacht wurde, so traf jenen der gerechte Unwille seiner Mitbürger.

[Zusatz 1849. Neuerlich ist dieser Gegenstand in folgender Inauguraldissertation behandelt worden:

A. F. BERNER d. divortiis apud Romanos Berol. 1842. 8. Cap. 3. Divortium Carvilianum. Der Vf. zieht unter den beiden Erzählungen des Gellius: uxorem *habiturum* und *habere*, die erste vor. Er nimmt nun an, Carvilius sei damals ehelos gewesen, und habe dem Censor eidlich versprechen müssen, sich zu verheirathen. Nachdem er Dieses gethan, die Ehe aber kinderlos geblieben war, habe er sich geschieden: eigentlich wegen der Unfruchtbarkeit der Frau, vorgeblich wegen des auf eine Ehe mit Kindern gerichteten Eides. — Ich kann mich nicht überzeugen, daß durch diese neue Wendung die Geschichte an innerer Haltung und Wahrscheinlichkeit gewonnen hätte.]

V.

Ueber die Unzialeintheilung der Römischen Fundi.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 9. Februar 1815.

Erste Ausgabe, Abhandlungen der Akademie von 1814. 1815. Berlin 1818. S. 55—60 der historisch-philologischen Classe.

Seitdem durch die tiefgehende Untersuchung unsers Niebuhr (Röm. Gesch. II. 349.) die Grundsätze des agrarischen Rechts der Römer festgestellt worden sind, ist es möglich und zugleich sehr anziehend geworden, Das, was sich in wirklicher Anwendung von diesen Grundsätzen und von verwandten Gegenständen bis in spätere Zeit erhalten hat, aufzusuchen und im Einzelnen zu erläutern. Ich will hier eine

solche Zusammenstellung für einige Fragen dieser Art aus Urkunden versuchen. Diese Urkunden, die in zwei höchst wichtigen Sammlungen, von Marini (papiri diplomatici) und Fantuzzi (monumenti Ravennati), enthalten sind, reichen vom 6ten bis zum 12ten Jahrhundert, und sind fast alle in Ravenna oder dem Exarchat abgefaßt, einige wenige in Rom. Die Erklärung ihres alterthümlichen Inhalts hat eine oft unübersteigliche Schwierigkeit; unter den Händen der unwissenden Tabellionen nämlich haben sich alte Formeln, deren Sinn gänzlich verloren war, bald rein, bald aufs Lächerlichste verstümmelt, viele Jahrhunderte lang erhalten, so daß man bei jedem Schritt in Gefahr geräth, nicht sowohl eine Thatsache, als den Unsinn eines Notars zu erklären, also durch die Voraussetzung eines verständigen Zusammenhangs, die bei jeder Thatsache recht und nothwendig ist, aufs Gröblichste zu irren. Bei diesen Umständen wird es für verzeihlich gehalten werden müssen, wenn die Untersuchung häufig sich damit begnügen muß, das Gefundene zusammen zu stellen, ohne ein reines, sicheres Resultat zu gewinnen.

Der erste Gegenstand meiner Untersuchung ist die eigentliche Bedeutung der Unzialeintheilung von Grundstücken. Nämlich Nichts ist gewöhnlicher, als

daß ein Verkauf, eine Schenkung u. s. w. auf ein solches Stück Land gerichtet wird, dessen Größe durch sein Unzialverhältniß zu einem ganzen, mit einem eigenen Namen versehenen, Fundus bestimmt ist. Diese Art der Bestimmung übrigens findet sich nicht bloß in ganzen Unzen, sondern auch in Theilen von Unzen, gewöhnlich in Scripuln, wovon jedes den 24sten Theil einer Unze beträgt, also in 228 Theilen des Ganzen. So kommen vor: $\frac{249}{288}$ (Fantuzzi I. 160.), $\frac{126}{288}$ (II. 381.), $\frac{105}{288}$ (I. 17.), $\frac{56}{288}$ (I. 34.), $\frac{52}{288}$ (I. 64.), $\frac{27}{288}$ (I. 129.), $\frac{8}{286}$ (I. 92.), dann auch einmal: „simul et duas unc. *et punctos sex* et scripul. quattuor“ (Fant. I. 65.) [1]. Diese Bezeichnung ganzer benannter Fundi und dieser Handel nach Unzen findet sich in Rom noch 1037

[1]) Punctus, als Theil der Unze, kommt vielleicht außerdem nirgends vor; es läßt sich aber aus dieser Stelle mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß darunter gerade 2 Scrupeln, d. h. der zwölfte Theil der Unze, verstanden wurde. Es soll hier nämlich der Bruch einer Unze angegeben werden, und dieser wird so ausgedrückt: 6 puncti und 4 Scrupeln. Der punctus muß also weniger, als 4 Scrupeln, enthalten haben, sonst wären die 6 puncti schon wieder eine ganze Unze gewesen, also entweder 3 oder 2 Scrupeln. In beiden Fällen hat der Ausdruck der Urkunde das Sonderbare, daß ja die 4 Scrupeln schon wieder ganze puncti ausmachen würden, also natürlicher unter den puncti mitgezählt worden wären. Allein diese Sonderbarkeit erklärt sich, wenn man den punctus zu 2 Scrupeln annimmt. Nun waren nämlich 6 puncti gerade eine halbe Unze, und es hat nichts Auffallendes, zu sagen: eine halbe Unze und noch 4 einzelne Scrupeln.

(Marini N. 48. p. 81. 82.), in Ravenna sogar noch 1191 und 1193 (Fantuzzi II. 163. IV. 290. 291.)

Die Hauptfrage ist nun diese: Wie waren diese Unzen gemeint, als reelle Theile (partes divisae) oder als ideelle (partes indivisae)? Im ersten Fall waren es für das Grundeigenthum abgesonderte Grundstücke, so daß die Unzialbezeichnung nur entweder auf den früheren gänzlichen Zusammenhang deutete, oder zwar auf fortdauernden Zusammenhang, jedoch nicht für Eigenthum und Besitz, sondern in anderer, specieller Rücksicht, z. B. in Ansehung der Grundsteuer jedes Fundus, wofür etwa jeder Eigenthümer in demselben solidarisch verpflichtet gewesen wäre; im zweiten Fall (bei ideeller Vertheilung) dagegen wäre stets nur von Miteigenthümern eines und desselben Fundus, als eines ungetrennten Ganzen, die Rede, und diese Miteigenthümer hätten nur den Ertrag nach ihrem bestimmten Unzialverhältniß getheilt. Ueber diese Frage nun giebt uns die allgemeine juristische Theorie wenig Auskunft. Denn wenn wir annehmen, was Niebuhr höchst wahrscheinlich gemacht hat, daß für den limitirten Boden ursprünglich gar keine reelle Theilung möglich war, so wäre zwar für diesen Fall die Sache entschieden; allein für den ager arcifinius bliebe dieselbe Ungewißheit, und auch jene Regel des limitirten Bodens

hat sich schwerlich bis in die Jahrhunderte, aus welchen unsre Urkunden herrühren, rein erhalten. Setzen wir Dieses voraus, so war es völlig willkürlich, welche von beiden oben erklärten Vertheilungen man im wirklichen Verkehr erwählen wollte, beide waren gleich möglich, und es ist eine lediglich faktische Frage, welche im einzelnen Fall wirklich gemeint ist.

In einigen Fällen nun ist es ganz entschieden, daß reelle Theile gemeint sind. Dieses beweist vor Allem der Umstand, wenn unter den vier Gränznachbaren die übrigen Unzen desselben Fundus vorkommen. So z. B. in der Mitte des achten Jahrhunderts im Territorium von Sinigaglia (Fant. I. 40.): „Peticio .... de senas uncias principales in integro duor fundor Spiriliano et cornutula sitas sinogaliens ab uno lat fund veriano et ueclano *et ab alio lat Senas uncias sup scriptor fundor* .... seu a teio lat fund centu jugera atque a quarto lat fund manoniano." Eben so im Territorium von Rimini 572 (Marini N. 120. lin. 16.), ebendaselbst in unbekannter Zeit (Fant. 1. 92.), ebendaselbst im Jahre 591 (Marini N. 122. lin. 16. vergl. mit N. 121.). In diesem zuletzt erwähnten Kaufbriefe ist von 6 Unzen des Fundus Geneciânus die Rede, und unter den Gränznachbaren dieser 6 Unzen sind wiederum

die übrigen 6 Unzen genannt. Aber selbst wenn dieses nicht wäre, könnten hier auch schon aus einem andern Grunde reelle Theile vermuthet werden. Nämlich die 6 Unzen unsres Kaufbriefes werden verkauft zu 24 solidi; nun existirt aber auch ein gleichzeitiger Kaufbrief der andern 6 Unzen zu 14 solidi (Marini N. 121.), und diese große Differenz der beiden Hälften ungefähr zu derselben Zeit, die allerdings auch bei ideellen Theilen durch bloßen Zufall entstanden seyn könnte, erklärt sich doch viel leichter aus reeller Vertheilung, indem die beiden abgetheilten Hälften desselben Fundus von sehr verschiedener Fruchtbarkeit seyn konnten.

In anderen Fällen dagegen kann mit Sicherheit behauptet werden, daß die Unzen bloß als ideelle Theile gemeint sind. Dieses ist nämlich gerade dann der Fall, wenn die vier Gränznachbaren vollständig angegeben werden, ohne daß darunter die übrigen Unzen desselben Fundus genannt sind, welches nur bei ideeller Theilung möglich ist (z. B. Fantuzzi I. 43.). Zwar wird in anderen Fällen bei ähnlicher Gränzbestimmung ausdrücklich hinzugesetzt, daß es die Gränzen des ganzen Fundus seyen, wozu dieser Theil gehöre, z. B. Fant. I. 129. „In terra fines *ipsius fundo in qua res antescripta una unciа et tres scripulos* hoc est duobus lateribus fun-

dus q. v. Ela“ rel. (cf. Fant. I. 136. 147. 156.). In diesem Fall ließen sich allerdings auch reelle Theile denken, aber es wäre immer schwer zu begreifen, warum man bei reellen Theilen eine solche weniger einfache und natürliche Gränzbestimmung gewählt haben sollte. — Außerdem kommen sehr häufig Unzen bei anderen Gegenständen, als Fundis, vor, und zwar bei Gegenständen, deren Natur nicht zweifeln läßt, daß bloß ideelle Theile gemeint sein können, indem sich bei ihnen eine reelle Bestimmung gleichartiger Theile, so wie an einem Fundus, gar nicht denken läßt. Dahin gehört: 1) ein ganzes Vermögen, z. B. 572 bei Marini Num. 88. und 88. A. „donamus cedimus tradimus ac mancipamus *sex uncias substantiae nostrae* in mobilibus . . . in rusticis urbanisque praediis exceptis mancipiis et septem semis unciis fundi (Quadrantula).“ Eben so in mehreren Urkunden (Marini N. 90. 94. p. 139. 147. Vgl. auch Gregorii Magni epist. lib. 2. ep. 12.). 2) *domus*, was eben so wenig nach Unzen reell vertheilt werden kann (Marini N. 80. p. 125. lin. 14—16, N. 107. p. 168, N. 123. p. 189. 190, N. 132. p. 198. Vgl. Gregorii M. epist. Lib. 3. ep. 3.). Eben so *casale* (Marini N. 120. p. 183.) und *balneum* (Marini N. 132. p. 198.). — Man könnte auf solche ideelle Theile, im

Gegensatz der reellen, auch noch einen andern, in den Urkunden sehr häufigen Ausdruck beziehen wollen, nämlich: unciae . . in *integrum* oder in *integro*, was alsdann eben ausdrücken würde, daß der Fundus selbst integer, d. h. nicht reell abgetheilt wäre. Da aber dieser Ausdruck auch in einem Fall vorkommt, in welchem das Daseyn reeller Theile oben erwiesen worden ist (Marini N. 122. lin. 14.), so ist diese Erklärung zu verwerfen, und vielmehr die einfachste und natürlichste vorzuziehen, nach welcher es eine Anzahl Unzen in unzertrenntem Stück, d. h. nicht an verschiedenen Enden des Fundus zerstreut, bezeichnet. Allerdings kommt denn auch in manchen Stellen der Ausdruck in integrum vor, ohne allen Sinn und als etwas bloß von den Notaren gedankenlos Hingeschriebenes, z. B. bei Unzen eines ganzen Vermögens und eines Hauses (Marini N. 90. 123. 132. p. 139. 190. 198.).

In welchem Sinn nun die Unzen in der großen Zahl von Fällen zu nehmen sind, worin die angeführten Gründe Nichts entscheiden, läßt sich nicht bestimmen, und diese Unbestimmtheit eines in allen Contracten so sehr gewöhnlichen Ausdrucks ist allerdings auffallend.

Außer der Bedeutung der Unzen selbst soll nunmehr zweitens noch eine sehr gewöhnliche nähere

Bestimmung derselben untersucht werden, nämlich der Ausdruck unciae *principales*. Auf den ersten Anblick könnte man die so bezeichneten Unzen für die besseren, vorzüglicheren halten wollen. So glaubt Marini (papiri p. 294. not. 5.), man habe damit vielleicht sagen wollen, daß der Donatar oder Käufer, wenn er principales uncias empfing, bei der künftigen reellen Theilung die Auswahl haben sollte. Allein ich zweifle, daß man eine so lange Geschichte so gleichförmig kurz überall bezeichnet haben sollte, da außerdem unseren Urkunden, wie viele Fehler sie auch haben mögen, Wortkargheit gewiß nicht vorgeworfen werden kann. Völlig widerlegt aber wird jene Erklärung dadurch, daß einmal alle 12 Unzen nach einander principales heißen. Fantuzzi I. 136: „sex uncias *principales* in integrum quod est omnem medietatem in integrum de fundo in integrum qui vocatur Savignianum majore. *Reliquarum aliarum sex unciarum principalium*" rel. Noch mehr: auch ein ganzer Fundus heißt principalis, wobei also gewiß nicht an einen bevorzugten Theil gedacht werden kann. Fantuzzi VI. 5: „Id est *fundum unum principalem* integrum q. v. Caput Aquis." Dieser letzte Ausdruck steht auch in einer unverständlichen Stelle der Schrift de casis litterarum bei Goesius p. 243 [1]): „proxime villam

[1]) [Gromatici veteres ed. Lachmann Berol. 1848 p. 335.]

aqua viva est: quam aquam vivam in finem constituimus: sed *infra fundum principalem* suum aqua viva esse cognoscitur" rel. Aber eben der Umstand, daß auch ein ganzer Fundus diese Bezeichnung erhält, kann auf die Erklärung derselben führen. Bei der Limitation einer Feldmark nämlich wurde nicht alles Land, sondern nur das eigentliche Ackerland, in Fundos vertheilt; auch vom Ackerland fiel aus verschiedenen Gründen oft noch Vieles aus, unter dem Namen Subseciva (Niebuhr II. 390). Nun ist es sehr möglich, daß man die bei der ursprünglichen Vertheilung und Verloosung gebildeten Fundos als solche, und im Gegensatz der Subseciva, die gleichfalls auf mancherlei Weise in den Verkehr kommen konnten, durch das Beiwort principalis auszeichnete, so daß uncia principalis so viel heißt, als uncia fundi principalis. War dieser Ausdruck einmal für den angegebenen Fall gewöhnlich geworden, so ist es sehr begreiflich, daß er sich späterhin in den Urkunden auf ganz gedankenlose Weise nicht nur erhielt, sondern sogar auch auf solches Land verbreitete, bei welchem er eigentlich keinen Sinn hatte, nämlich auf den ager arcifinius. Ja, dieser sinnlose Gebrauch erstreckte sich noch viel weiter, und auf Gegenstände, wobei gewiß Niemand einen Sinn damit verbinden kann. So finden sich unciae principales eines gan=

zen Vermögens. Marini N. 90. lin. 11. 12. „donationis meae usufructuariae . . . *sex unciarum principalium in integro totius substantiae meae* mobile et inmobile seseque moventibus.“ Cf. Fant. I. 247. Und eben so auch unciae principales von Häusern, welche so wenig, als die an einem ganzen Vermögen, Sinn haben (Marini N. 123. p. 189. 190, N. 132. p. 198.).

VI.

Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft.

Vorbemerkung.

Dieser Aufsatz erschien zuerst in der Zeitschrift Bd. 1. Hft. 1. 1815. Num. I. Seite 1—17.

Derselbe muß von zwei verschiedenen Seiten betrachtet werden.

I. Durch seinen Inhalt steht er in Verbindung mit mehreren andern Arbeiten des Verfassers, worin dieser, so wie es hier geschieht, seine Ueberzeugungen von dem wahren Wesen der Rechtswissenschaft, und von dem richtigen Verfahren zur Lösung ihrer Aufgabe niedergelegt hat. Es gehören dahin folgende Arbeiten:

1. Die Schrift vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Berlin 1815, nebst mehreren Nachträgen zu derselben, die in der zweiten und dritten Ausgabe hinzugekommen sind.
2. Das System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1. Berlin 1840, sowohl in der Vorrede, als in dem zweiten Kapitel des ersten Buchs, besonders §. 15.

Alle diese Arbeiten sind von Anfang an, und ungeachtet aller eingelegten Verwahrungen, einem zweifachen Miß-

verständniß, und daher vielfachem unnützen und unfruchtbaren Streit, ausgesetzt gewesen. Das eine Mißverständniß ging dahin, daß der Verfasser, nebst seinen Gesinnungsgenossen, in der Rechtswissenschaft nur allein die geschichtliche Richtung, mit Ausschließung jeder anderen, insbesondere der philosophischen, der praktischen Richtung u. s. w. gelten lassen wolle. Das zweite Mißverständniß bestand darin, daß der Verfasser nach der Alleinherrschaft des Römischen Rechts, mit Hintansetzung des Deutschen Rechts, strebe. Dieses zweite Mißverständniß, das in verschiedenen Zeiten immer wieder vorgebracht wurde, ist vorzugsweise unbegreiflich, da der hier vorliegende Aufsatz ausdrücklich, und mit besonderer Wärme, zur Bearbeitung des vaterländischen Rechts auffordert, da einer der Herausgeber der Zeitschrift den ersten Rang unter den Germanisten einnimmt, und da diese Zeitschrift eine Reihe wichtiger Beiträge zur Bearbeitung des vaterländischen Rechts enthält.

II. Die unmittelbare Veranlassung des Aufsatzes aber ging dahin, daß er als Ankündigung und Einleitung dienen sollte zu der Zeitschrift, die nun seit Vier und Dreißig Jahren fortwährend besteht.

Sehe ich zurück auf diesen langen Zeitraum, so muß ich mit dankbarer Freude anerkennen, daß in demselben unsre Wissenschaft durch die Vereinigung edler Kräfte, und durch treue, liebevolle Thätigkeit, vielfach gefördert worden ist, an welcher Förderung auch dieser Zeitschrift ein bescheidener Antheil nicht versagt werden wird. Der Aufsatz fordert insbesondere zur Mittheilung neuer Quellen auf, und die in dieser Aufforderung verborgene Hoffnung ist seitdem, wie bekannt, auf unerwartet reichliche, ja auf glänzende Weise in Erfüllung gegangen. Auch in dieser Beziehung hat sich die Zeitschrift nicht unthätig gezeigt.

Aber auch wehmüthige Gefühle werden durch den Rückblick auf den Anfang dieser Zeitschrift erregt. Zwei treffliche Männer, Göschen und Klenze, haben in verschiedenen Zeiten als Mitherausgeber die treueste Hülfe geleistet. Diese sind nun längst aus unsrer Mitte geschieden, und mit ihnen ist die Hoffnung auf treffliche Leistungen zu Grabe gegangen, die von ihnen noch erwartet werden durften.

Es kann auf den ersten Blick auffallen, daß dieser Aufsatz in der gegenwärtigen Ausgabe mitten in eine Reihe von Abhandlungen über Römische Rechtsgeschichte gestellt worden ist, da doch so eben bemerkt wurde, daß die Zeitschrift selbst die Geschichte des Deutschen Rechts gleichmäßig zu fördern bestimmt sey. Es rechtfertigt sich aber diese Stellung durch den an sich zufälligen Umstand, daß die überwiegende Zahl der in der Zeitschrift enthaltenen Aufsätze auf die Geschichte des Römischen Rechts sich bezieht.

Was die Herausgeber [1]) zu dieser gemeinschaftlichen Unternehmung bestimmt hat, ist ihre gänzliche Uebereinstimmung über die Art und Weise, in welcher die Rechtswissenschaft angesehen und behandelt werden müsse. Und von dieser gemeinsamen Ueberzeugung soll in dem gegenwärtigen Aufsatze Rechenschaft gegeben werden.

[1]) [Damals: Savigny, Eichhorn, Göschen.]

Wer die mannichfaltigen Ansichten und Methoden, die von jeher unter den Deutschen Juristen herrschend gewesen sind, genau betrachtet, wird finden, daß sie sich auf zwei Hauptclassen, die Juristen selbst also auf zwei Schulen, zurückführen lassen, zwischen welchen allein eine Grundverschiedenheit angenommen werden kann, während alle Differenzen innerhalb dieser Schulen nur als bedingt betrachtet werden können, und stets durch unmerkliche Uebergänge vermittelt werden. Daß diese Grundverschiedenheit jetzt bestimmter und schärfer, als ehemals, ausgesprochen zu werden pflegt, muß von Jedem als wohlthätig erkannt werden, er mag nun selbst an dem Streite thätigen Antheil nehmen, oder als ruhiger Zuschauer den Ausgang abwarten; denn auch der Zuschauer wird nun den Vortheil haben, bestimmter zu erfahren, was ihm vorher lange verborgen bleiben konnte, zu welcher Partei er selbst seiner innern Gesinnung nach gehöre, und wen er als gleichgesinnt oder als Widersacher zu betrachten habe.

Die eine dieser Schulen ist durch den Namen der geschichtlichen hinlänglich bezeichnet, für die andere dagegen ist ein positiver Name kaum zu finden möglich, indem sie in sich nur in dem Widerspruch gegen die erste eins ist, außerdem aber in

den verschiedensten und widersprechendsten Formen auftritt, und sich bald als Philosophie und Naturrecht, bald als gesunden Menschenverstand ankündigt. Wir wollen sie daher in Ermangelung eines andern Ausdrucks die ungeschichtliche Schule nennen. Allein der Gegensatz dieser Juristenschulen kann nicht gründlich verstanden werden, so lange man den Blick auf diese unsere Wissenschaft beschränkt, da er vielmehr ganz allgemeiner Natur ist, und mehr oder weniger in allen menschlichen Dingen, am meisten aber in Allem, was zur Verfassung und Regierung der Staaten gehört, sichtbar wird.

Dieses also ist die allgemeine Frage: In welchem Verhältniß steht die Vergangenheit zur Gegenwart, oder das Werden zum Seyn? Und hierüber lehren die Einen, daß jedes Zeitalter sein Daseyn, seine Welt, frei und willkürlich selbst hervorbringe, gut und glücklich, oder schlecht und unglücklich, je nach dem Maaße seiner Einsicht und Kraft. In diesem Geschäft sei auch die Betrachtung der Vorzeit nicht zu verachten, indem von ihr gelernt werden könne, wie sie sich bei ihrem Verfahren befunden habe; die Geschichte also sei eine moralisch-politische Beispielsammlung. Aber diese Betrachtung sei doch nur eine von vielen Hülfskenntnissen, und das Genie könne auch ihrer wohl entrathen.

Nach der Lehre der Andern giebt es es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Daseyn, vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer andern Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen. So ist jeder einzelne Mensch nothwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates, jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten; und eine andere, als diese Ansicht, ist eben deshalb einseitig, und, wenn sie sich allein geltend machen will, falsch und verderblich. Ist aber Dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es thut Dieses in unauflöslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dann also muß jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch nothwendig und frei zugleich ist; nothwendig, in so fern es nicht von der besondern Willkür der Gegenwart abhängig ist, frei, weil es eben so wenig von irgend einer fremden besondern Willkür (wie der Befehl des Herrn an seinen Sclaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höhern Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen. Von diesem höhern Volke ist ja auch das gegenwärtige Zeitalter ein Glied, welches in jenem und mit jenem Ganzen

will und handelt, so daß, was von jenem Ganzen gegeben ist, auch von diesem Gliede frei hervorgebracht genannt werden darf. Die Geschichte ist dann nicht mehr blos Beispielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntniß unsers eigenen Zustandes. Wer auf diesem geschichtlichen Standpunkte steht, urtheilt ferner über das entgegengesetzte Verfahren also. Es ist nicht etwa die Rede von einer Wahl zwischen Gutem und Schlechtem, so daß das Anerkennen eines Gegebenen gut, das Verwerfen desselben schlecht, aber gleichwohl möglich, wäre. Vielmehr ist dieses Verwerfen des Gegebenen der Strenge nach ganz unmöglich, es beherrscht uns unvermeidlich, und wir können uns nur darüber täuschen, nicht es ändern. Wer sich so täuscht, und seine besondere Willkür auszuüben meint, wo nur jene höhere gemeinsame Freiheit möglich ist, giebt seine edelsten Ansprüche selbst auf: ein Knecht, der sich einen König wähnt, da er ein freier Mann sein könnte.

Es war eine Zeit, wo die Absonderung des Einzelnen vom Ganzen streng und mit großem Selbstvertrauen durchgeführt wurde, nicht blos die Absonderung der Gegenwart von der gering geschätzten Vorzeit, sondern auch die des einzelnen Bürgers vom Staate. Diese letzte ist durch schwere Erfahrungen

für verkehrt und heillos erkannt worden, und so Viele auch sie noch jetzt in ihrem Herzen hegen und praktisch üben mögen, so wird sie doch in der Theorie nicht leicht mehr gewagt. Ganz anders mit jener Absonderung der Gegenwart von der Vergangenheit, die noch jetzt überall laute und fröhliche Bekenner findet, obgleich es inconsequent ist, die eine zu verwerfen, während man die andere bekennt. Der Grund, warum sich dieser geschichtliche Egoismus (wie man jene erste Absonderung nennen könnte) so viel länger, als der andere, erhalten hat, liegt wohl darin, daß so Viele, freilich, ohne es selbst zu wissen, ihre eigene, persönliche Betrachtung des Weltlaufs mit dem Weltlauf selbst verwechseln, und so zu dem täuschenden Gefühl gelangen, als habe mit ihnen und ihren Gedanken die Welt angefangen. Es versteht sich, daß bei Keinem Dieses im Allgemeinen zum Bewußtsein kommt, sondern daß es in dunklem Gefühle bleibt, und nur in ganz einzelnen Anwendungen zu Tage kommt; aber daß es so ist, könnte durch mehr als Eine literarische Erscheinung bewiesen werden.

Wenden wir diese allgemeine Darstellung des Gegensatzes zwischen geschichtlicher und ungeschichtlicher Ansicht auf die Rechtswissenschaft an, so wird es nicht schwer sein, den Charakter der zwei oben er-

wähnten Schulen zu bestimmen. Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkür, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Thätigkeit jedes Zeitalters aber müsse darauf gerichtet werden, diesen mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten. — Die ungeschichtliche Schule dagegen nimmt an, das Recht werde in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit, und nur nach bester Ueberzeugung, wie sie der gegenwärtige Augenblick gerade mit sich bringe. Daß also in irgend einem Augenblick nicht das ganze Recht neu und von dem vorigen völlig verschieden eingerichtet wird, kann diese Schule nur daraus erklären, daß der Gesetzgeber zur rechten Ausübung seines Amtes zu träge war, er müßte denn zufälliger Weise die Rechtsansichten des vorigen Augenblicks auch jetzt noch für wahr gehalten haben. — Wie durchgreifend der Widerstreit dieser Schulen sei, wird Jeder inne werden, wenn er die Anwendung dieser Grundsätze auf das Ein=

zelne versuchen will. Das Geschäft der gesetzgebenden Gewalt, das des Richters, besonders die wissenschaftliche Behandlung des Rechts, — alles wird von Grund aus anders, je nach der einen oder andern Ansicht. In der Wirklichkeit finden sich so schneidende Gegensätze in der Ausführung nicht, vielmehr sehen einander die Erzeugnisse beider Schulen oft noch ganz leidlich ähnlich; das kommt aber daher, weil in der Wirklichkeit oft nur nach einem unmittelbaren Gefühl gehandelt, Grundsatz und Consequenz aber vergessen wird.

Die Herausgeber dieser Zeitschrift, welche mit voller Ueberzeugung der geschichtlichen Schule zugethan sind, wünschen durch ihre gemeinschaftliche Unternehmung die Entwicklung und Anwendung der Ansichten dieser Schule zu befördern: theils durch eigene Arbeiten, theils, indem sie gleichgesinnten Freunden einen Punkt der Vereinigung darbieten. Eine solche Unternehmung darf gerade jetzt, da durch die edelsten Kräfte die höchsten Güter der Nation gerettet sind, mit frischer Hoffnung begonnen werden. Denn alle geschichtliche Untersuchung, zumal die vaterländische, mußte in den letzten traurigen Jahren ein zerreißendes Gefühl geben, wie sie jetzt einen neuen frischen Reiz erhalten hat. Und so würden sich die Herausgeber besonders freuen, wenn es ihnen

gelingen sollte, der geschichtlichen Ergründung des vaterländischen Rechts eine neue Anregung zu geben. Gerade hier liegen noch reiche Schätze verborgen, und so unerkannt, daß die Gegner der geschichtlichen Schule gewöhnlich alle ihre Feindschaft allein gegen die eifrige Bearbeitung der Römischen Rechtsgeschichte richten, die Deutsche aber, als ob sie nicht vorhanden wäre, ganz mit Stillschweigen übergehen, obgleich dieselbe, wenn ihr Daseyn vermuthet würde, ihnen eben so verhaßt, als die Römische, ja noch verhaßter sein müßte.

Durch diese Betrachtungen indessen konnte wohl eine schriftstellerische Thätigkeit überhaupt veranlaßt werden; warum aber gerade die Form einer Zeitschrift gewählt worden, Dieses bedarf noch einer besonderen Erklärung. Solche vergängliche, vorübergehende Formen der Literatur scheinen nämlich in Deutschland nicht mehr die außerordentliche Zuneigung zu genießen, deren sie sich vor nicht langer Zeit zu erfreuen hatten. Und unstreitig ist eine Literatur, welche hauptsächlich auf ihnen beruht, nicht wohl berathen. Denn das eigentlich Wünschenswerthe ist die Verarbeitung der Gedanken zu einem größeren Zusammenhang in festeren Formen, welche man Bücher zu nennen pflegt. Geben nun Zeitschriften häufige Gelegenheit, auch unverarbeitete und

abgerissene Gedanken, welches immer bequemer sein wird, mitzutheilen, so wird dadurch die Entstehung guter Bücher verhindert, so daß man sie selbst wohl Bücherableiter nennen könnte. Allein recht gebraucht können sie gerade auf entgegengesetzte Weise, also wohlthätig, wirken. Denn der Uebergang der einzelnen Gedanken zu ganzen und guten Büchern ist ein allmäliger und meist langsamer. Wenn nun eine Zeitschrift diesen Uebergang zu vermitteln und zu befördern strebt, so wird ihre Wirkung sehr heilsam sein können, so daß es also auch hierin blos auf den Sinn ankommen wird, welcher die Herausgeber und Mitarbeiter leitet. Aber auch im Verhältniß zu den Lesern kann gerade die besondere Form einer Zeitschrift sehr verdienstlich sein. Daß nämlich die Literatur eines Volkes weder unbeweglich ruhend, noch in einzelnen Büchern und Gelehrten theilweise und ausschließend vorhanden ist, daß sie vielmehr von der Gesammtheit der Gelehrten in Gemeinschaft und Wechselwirkung mit dem Publikum stets neu hervorgebracht und bewegt wird, soll eigentlich Jeder glauben, und ein literarisch geübtes Auge wird es wohl sehen, selbst da, wo es am schwersten ist, nämlich im gegenwärtigen Zeitalter des eigenen Volkes. Allein für weniger scharfe Augen ist irgend eine sichtbare Vermittlung jenes Glaubens

sehr wünschenswerth. Eine solche Vermittlung nun kann eben durch eine Zeitschrift gegeben werden, indem diese durch die sichtbare Gemeinschaft der Herausgeber und Mitarbeiter, und durch die öftere stückweise Erscheinung, einen lebendigern Eindruck, als einzelne, abgeschlossene Bücher, hervorzubringen im Stande ist. Besonders für das studierende Publikum scheint daher eine Zeitschrift, wenn der oben bemerkte Mißbrauch vermieden wird, gute Dienste thun zu können, weshalb auch die Herausgeber in ihrem Lehrerberufe eine besondere Aufforderung zu diesem Unternehmen gefunden haben.

Doppelt wichtig aber bei einer Unternehmung, die schon nach ihrem Namen mehr, als andere, der Zeit angehört, ist die richtige Würdigung der gegenwärtigen Zeit und ihres Verhältnisses zu früheren Zeitaltern derselben Literatur. Daß die Herausgeber sehr entfernt sind von der Ansicht, als sey in der Rechtswissenschaft so eben der Tag im Begriff, die bis jetzt herrschende finstere Nacht zu vertreiben, wird man ihnen wohl zutrauen; dagegen schützt sie der geschichtliche Sinn derjenigen Schule, zu welcher sie sich oben bekannt haben. Aber es giebt auf der anderen Seite eine blinde Ueberschätzung der Vergangenheit, welche fast noch gefährlicher ist, als jener eitle Dünkel, indem sie die Kräfte der Gegenwart

völlig lähmt, und auch dagegen muß der geschichtliche Sinn schützen, wenn er in der That geübt und nicht blos im Munde geführt wird. So ist neuerlich behauptet worden, im Römischen Rechte sei schon längst das Meiste und Wichtigste entdeckt, und das Verdienst der Neueren bestehe meist in der Auswahl aus schon vorräthigen Meinungen und Theorien, höchstens mit einigen neuen Gründen unterstützt, die ihnen jedoch selbst wieder meistens von den Aelteren an die Hand gegeben würden [1]). Wenn Dem also wäre, so möchte die Beschäftigung mit irgend einem Handwerk, worin es gewiß an Gelegenheit zu eigenen und neuen Bildungen niemals fehlen wird, eines geistreichen Menschen würdiger sein, als unsere Wissenschaft. Glücklicherweise aber ist Dem nicht also. Zwar die Größe der Civilisten des sechszehnten Jahrhunderts, auf welche in jener Stelle angespielt wird, ist unverkennbar, und vielleicht wird sich in dieser Zeitschrift manche Gelegenheit finden, auch den Ruhm jener großen Zeit zu verkündigen. Damals war die Anwendung von Geschichte und Philologie auf unsere Wissenschaft neu, mit jedem Schritte wurden neue Quellen entdeckt, und wohin man sich wenden mochte, konnte mit Hülfe der neuen Kenntniß ein neuer, niemals geahnter Zusammenhang nach=

[1]) Heidelberger Jahrbücher 1813. Heft 2. S. 110. vgl. S. 157.

gewiesen werden. Daraus entsprang ein jugendkräftiges Selbstgefühl, befestigt und erhöht durch den täuschenden, aber sehr natürlichen Gedanken, daß die Erforschung in demselben Maaße und in's Gränzenlose fortgehen könne und werde: so hatte man neben den großen, wirklich gefundenen Schätzen auch noch das Gefühl eines künftigen ungemessenen Reichthums, so wie ihn etwa der Besitz eines Zauberstabes geben möchte. In diesem Gefühl kann es jener Zeit die unsrige eben so wenig, als in umfassender Gelehrsamkeit, gleich thun, und man kann darum gerne zugeben, daß unter uns die einzelnen Juristen den persönlichen Glanz jener großen Männer nie erreichen werden. Allein die Zeit hat deshalb nicht stille gestanden, und durch diese Wirkung, welche die Zeit im Ganzen und Großen ausübt, sind jetzt auch in unserer Wissenschaft Dinge möglich, woran das sechszehnte Jahrhundert nicht denken konnte. Ueberhaupt scheint das Verhältniß eines literarischen Zeitalters zur Vergangenheit demjenigen ähnlich, worin sich jeder wohlgesinnte Mensch zu seinen Zeitgenossen fühlen soll: jeden fremden Werth willig anerkennend, mit offenem Sinn und freudiger Bewunderung für jede Größe, aber mit einem sicheren, ruhigen Gefühl des eigenthümlichen Berufes. Auch von ganzen Zeitaltern ist es wahr, was Paracelsus sehr

schön von dem Verhältniß des Schülers zum Lehrer sagt: „Was ist höheres und löblicheres an einem Auditore und Discipulo, denn daß er in einer weichen Schaalen liege, die da nicht erhärte, bis er seiner Disciplin gewachsene Flügel erlangt habe, und alsdann den Ruthen entrinne. Ehrlich und löblich ist es solchen, daß sie die Alten aus den Nestern stoßen; denn Kunst und Weisheit, Zucht und Liebe sollen alle Stund erhoben werden über ihre Meister, und aufwachsen wie eine junge Buche, die durch ihr Aufwachsen den alten Buchen ihr Lob nimmt [1].“

Dies sind die Ueberzeugungen und Absichten, womit die gegenwärtige Zeitschrtft unternommen wird. Ihr Inhält im Einzelnen ist schon durch die Buchhändleranzeige folgendermaßen angekündigt worden:

I. Abhandlungen aus allen Theilen der positiven Rechtswissenschaft, vorzugsweise jedoch aus dem Römischen und Germanischen Rechte. Dem eigenthümlichen Zwecke der Zeitschrift gemäß, werden nur Aufsätze geliefert werden, welche ihren Gegenstand von dem wissenschaftlichen, und insbesondere von dem ge-

[1] [Bücher und Schriften des Edlen .. Phil. Theophrasti Bombast v. Hohenheim, genannt Paracelsi. Frankfurt 1603. Ander Theil S. 239.]

schichtlichen Standpunkte aus, auffassen; Aufsätze von bloß praktischer Beziehung sind ausgeschlossen.

II. Quellen des Rechts. Unter dieser Rubrik sollen Rechtsquellen mitgetheilt werden, welche

1) noch gar nicht, oder fehlerhaft und unvollständig, oder nur in sehr seltenen Büchern gedruckt sind,

2) in zwei oder drei Stücken, ohne den übrigen Inhalt zu sehr zu beengen, abgedruckt werden können,

3) ein unmittelbar wissenschaftliches Interesse haben.

Quellen dieser Art werden stets mit einer Einleitung begleitet werden, welche ihre geschichtlichen und wissenschaftlichen Beziehungen erörtert, und wo es nöthig scheint, auch mit einer Uebersetzung und erläuternden Anmerkungen.

III. Miscellen. Unter dieser Rubrik werden geliefert:

1) Literarische Notizen von seltenen oder wenig gekannten und benutzten Büchern und von Handschriften.

2) Beiträge zur juristischen Biographie und zur Geschichte der Lehranstalten.

3) Kritische Bemerkungen über einzelne Stellen wichtiger Rechtsquellen, desgleichen Erklärungen schwieriger Stellen dieser Art.

4) Kürzere Aufsätze, die den Zweck haben, Untersuchungen über gewisse Gegenstände zu veranlassen.

IV. Recensionen, jedoch nur mit strenger Auswahl.

Das Meiste, was hier angekündigt wird, ist durch sich selbst klar; nur folgende erläuternde Zusätze scheinen noch nöthig zu sein.

Die Abhandlungen machen, wie billig, den Hauptgegenstand der ganzen Unternehmung aus. Ihr Zweck ist lediglich auf die wissenschaftliche und insbesondere die geschichtliche Seite des Rechts gerichtet, wobei bald die Methode, bald die wirkliche Erforschung von Thatsachen überwiegend sein kann. Was daher auf den so genannten praktischen Zweck, d. h. auf die unmittelbare und mechanische Erleichterung der Rechtspflege, des Richteramtes oder des Advokatengeschäftes, berechnet ist, liegt außer dem Plane der Zeitschrift. Die Herausgeber aber würden sehr falsch verstanden werden, wenn man Dieses so deuten wollte, als gehörten blos solche Arbeiten zu ihrem Plane, welche nach der angenommenen Eintheilung der Lehrgegenstände der eigentlichen Rechtsgeschichte anheim

fallen; vielmehr ist auch Dogmatik und Interpretation hieher gehörig, sobald sie in geschichtlichem Sinn behandelt werden, so daß also überhaupt nicht aus dem Gegenstand, sondern lediglich aus der Ansicht und Behandlung desselben erkannt werden kann, ob eine Arbeit dem Zweck der Zeitschrift entspricht oder fremd ist. Eben so sind die Herausgeber sehr weit entfernt, jede praktische Ansicht überhaupt von ihren Arbeiten auszuschließen, gleich als wären der Beruf des praktischen Juristen und der gelehrte Beruf nach ihrem innern Geiste einander entgegen gesetzt. So ist es nicht; nur zwischen dem geschichtlichen und ungeschichtlichen waltet ein absoluter Gegensatz, das praktische Geschäft hingegen kann mit dem feinsten wissenschaftlichen Sinn betrieben werden, wie denn in den Responsen der alt-Römischen Juristen der praktische und geschichtliche Blick gleich bewundernswürdig erscheint. Es ist der Triumph der historischen Forschung, wenn es gelingt, das Erforschte, wie etwas Miterlebtes, zu einfacher unmittelbarer Anschauung zu bringen, und gerade dann haben sich beide Ansichten, die geschichtliche und die praktische, völlig durchdrungen. Aber es gelingt nicht immer, der Geschichte diesen ihren eigenthümlichen Geist abzufragen, und der Vorsatz, um keinen geringeren, als um diesen Preis arbeiten zu wollen, führt unver-

meidlich zu einer ganz oberflächlichen Behandlung, die bei einem leeren Anspruch auf Geist in der That fruchtloser ist, als das entgegengesetzte ganz materielle Bestreben. „Ich habe überhaupt", sagt Göthe, „keine schlimmere Anmaßung gefunden, als wenn Jemand Ansprüche an Geist macht, so lange ihm der Buchstabe noch nicht deutlich und geläufig ist." Wie auf der einen Seite ein Ernst, der auf den Grund zu dringen strebt, so ist auf der andern wahrheitliebende Genügsamkeit jedem Forscher vor Allem zu wünschen.

Ungedruckte Quellen mitzutheilen, ist, wie Jeder zugeben wird, das erste unter den Verdiensten, die um ein geschichtliches Fach erworben werden können. Gerade dieses Verdienst aber hängt von seltenen und glücklichen Zufällen ab. Deshalb werden alle Freunde unserer Wissenschaft hiedurch eingeladen, was ihnen von solchen Quellen das Glück zuführen möchte, auch ohne besondere, persönliche Aufforderung den Herausgebern einzusenden. Vorzüglich bei Urkunden könnte dieses der Fall sein, wenn dieselben für die Geschichte des vaterländischen Rechts lehrreich seyn sollten.

Was endlich Recensionen betrifft, so ist es am wenigsten darauf abgesehen, vollständige Rechenschaft von der gesammten juristischen Literatur, wie

sie die Zeit mit sich bringt, abzulegen. Nur einzelne Werke sollen beurtheilt werden, so wie sie den Herausgebern gerade Gelegenheit darbieten, etwas Eigenthümliches und der Wissenschaft Ersprießliches zu sagen. Aber auch in solcher Beschränkung dürfte dieser Theil der Unternehmung nicht ganz ohne Nutzen sein. Denn so gute und gründliche Recensionen juristischer Werke hie und da erscheinen, so gleicht doch im Ganzen die juristische Kritik nur zu sehr dem Glück, welches nach des Dichters Ausdruck

Tappt unter die Menge,
Faßt bald des Knaben
Lockige Unschuld,
Bald auch den kahlen
Schuldigen Scheitel,

nur mit dem Unterschied, daß das Glück nach dem Dichter schuldlosen Tod austheilt, die Kritik aber weit öfter unverdientes Leben. Wenn nun die Herausgeber hoffen, durch ein unbefangenes, besonnenes Urtheil sich von dem größten Theil unserer Recensenten zu unterscheiden, so wird sie kein billig Denkender darum für anmaßend und hochmüthig halten wollen.

Die Herausgeber können und wollen nicht versprechen, wie oft diese Zeitschrift erscheinen, und wie

lange sie dauern werde. Nur Dieses versprechen sie, nicht öfter und nicht länger damit aufzutreten, als es mit wahrer Lust und Liebe zur Sache geschehen kann. Mag diese Unternehmung dann kurz oder lange gedauert haben, so wird der Zweck derselben in keinem Falle verfehlt genannt werden können.

VII.

Beitrag zur Geschichte der Römischen Testamente.

Vorbemerkung.

Die erste Ausgabe dieser Abhandlung findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1. Hft. 1. 1815. Num. V. S. 78—95. Sie ist hier unverändert abgedruckt worden, nur mit wenigen neuen Anmerkungen, die durch Klammern bezeichnet sind. Am Schluß aber ist ein Nachtrag aus gegenwärtiger Zeit hinzugefügt worden.

Es ist meine Absicht, die Entstehung der im Justinianischen Rechte vorgeschriebenen Form des Privattestaments, besonders des schriftlichen, zu untersuchen. Bei dieser Untersuchung kann von zwei allgemein bekannten und völlig gewissen Endpunkten ausgegangen werden, zwischen welchen alles Ungewisse in der Mitte liegen muß.

Es ist nämlich bekannt und unzweifelhaft, daß im früheren Rechte, d. h. schon zur Zeit der Republik und noch geraume Zeit nachher, zwei verschiedene Formen des schriftlichen Privattestaments existirten, beide vollgültig, so daß man zwischen beiden die Wahl hatte: das Civiltestament mit Mancipation, und das prätorische mit sieben Zeugen und sieben Siegeln. Eben so ist es ganz sicher, daß im Justinianischen Rechte nicht mehr eine solche zwiefache Form, sondern eine einfache, allgemein und ohne Wahl vorgeschriebene, vorkommt. Der Uebergang von jenem Zustand in diesen soll hier untersucht werden. Da aber die neue, einfache Form von der Mancipation, als dem Unterscheidenden der alten Civilform, ganz befreit ist, und dagegen größtentheils mit der alten prätorischen übereinstimmt, so läßt sich unsere Frage auch so ausdrücken: Wann und wodurch ist die alte Civilform der Testamente, die auf Mancipation beruhte, außer Gebrauch gekommen?

Justinian selbst erklärt sich hierüber auf eine sehr unbefriedigende Weise [1]): die zwei alten Formen

[1]) §. 3. I. de test. ord. „Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam ex Constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi: constitutum est, ut" rel. — Dieses constitutum est könnte zwar an und für sich eine einzelne Constitution bezeichnen, welche die alten schon ähnli-

seyen einander allmälig näher gekommen, theils durch Gewohnheit, theils durch verbessernde Constitutionen, weshalb die Bestandtheile der gegenwärtigen einfachen Form theils aus dem alten Civilrecht, theils aus dem Edict, theils aus den Constitutionen abzuleiten seien. So sagt Justinian; aber über die Art und Zeit jener Annäherung, besonders aber über das Verschwinden der Mancipation und mit ihr zugleich des ganzen Unterschieds der beiden Formen sagt er Nichts.

Bei neuern Schriftstellern habe ich darüber folgende Meinungen gefunden. Am frühesten setzt das Aufhören der Mancipation Madihn [1]), indem er annimmt, schon zur Zeit des Diocletian habe sie bei Testamenten nicht mehr existirt. Sein Grund ist unglaublich schwach. In einem Rescript von Diocletian und Maximian nämlich wird von sieben Zeugen, als der gewöhnlichen regelmäßigen Testamentsform gesprochen [2]): also (schließt Madihn)

licher gewordenen Formen mit einemmale zu einem Ganzen verschmolzen hätte; aber es kann auch auf das in der ganzen Justinianischen Compilation enthaltene letzte Resultat gehen, also auf den gegenwärtigen Willen des Gesetzgebers, selbst wenn niemals eine einzelne Constitution jener Art existirt haben sollte. Welches das Richtige sei, wird die folgende Untersuchung ergeben.

[1]) *G. S. Madihn* (resp. *Uber*) diss. de validitate testamenti non rite oblati. Hal. 1771. 4. p. 15.

[2]) L. 12. C. de test. (6. 23.) „Si *unus de septem testibus*

kannte man damals nur noch diese, und nicht mehr die mit Mancipation und fünf Zeugen. Wenn nun aber den Kaisern gerade ein Rechtsfall vorgelegt war, der ein prätorisches Testament betraf, wie sollten sie dazu kommen, in ihrem Rescripte beiläufig auch die Theorie der Civiltestamente vorzutragen?

Cujacius behauptet, daß Constantin die Mancipation bei Testamenten aufgehoben habe, und ihm sind mehrere Schriftsteller darin gefolgt [1]). Zuerst ist aber die Constitution, worauf er sich beruft, nicht von Constantin, sondern von dessen Söhnen (vom J. 339). Zweitens sagt sie von der Mancipation kein Wort, sondern verordnet, daß es hinfort erlaubt sein solle, den Erben in andern, als den bisher vorgeschriebenen Formeln zu ernennen [2]), was ja mit

defuerit . . . jure deficit testamentum. De his autem, quae interleta sive superscripta *dicis*" rel. Diese letzten Worte, so wie die Ueberschrift *Matronae* lassen keinen Zweifel, daß es Rescript für einen bestimmten Rechtsfall ist.

[1]) *Cujacius* ad L. 1. et 20. D. qui test. fac. (opp. Tom. 1.). Er beruft sich auf L. 15. C. de test. (6. 23.). Ihm folgen *Muretus* und *Merillius* ad §. 1. I. de test. ord.

[2]) L. 15. C. de test (6. 23.) „Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum: placuit *ademtis his, quibus imaginarius usus est* (diese Worte hat Cujacius willkürlich und gegen den Zusammenhang auf die Mancipation gedeutet), institutioni heredis *verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis*

der Mancipation Nichts zu schaffen hat. Daß in der That die Civilform noch weit später vorkommt, damals also nicht aufgehoben worden seyn kann, wird unten gezeigt werden.

J. Gothofred nimmt gar keine einzelne, ausdrückliche Aufhebung an, sondern Aufhören durch Gewohnheit; aber die Zeit dieses Aufhörens setzt er genau in die Regierung von Theodosius II. und zwar so, daß im J. 439, nämlich zur Zeit der Theodosischen Novelle Tit. 9, die Sache schon entschieden gewesen sei [1]).

Die Meinung von Trekell endlich ist der des J. Gothofred ähnlich [2]). Auch er beruft sich auf

fiat, aut inflexis" rel. — Beide Irrthümer des Cujacius hat schon *J. Gothofred*, ad L. 1. C. Th. de test. gerügt. Ueber die Urheber der Constitution vgl. die Note in der Gebauer'schen Ausgabe.

[1]) *J. Gothofred*, ad L. 1. C. Th. de test. (4. 4.). Zur Zeit der angeführten Novelle, nimmt er an, existirte das Testament mit Mancipation nicht mehr, weil diese Novelle blos das Testament mit sieben Zeugen erwähnt; aber früher, als unter Theodosius II., könne es auch nicht aufgehört haben, da noch Arcadius (L. 3. C. Th. de test.) es als gültig voraussetze. — Von allen andern Gründen abgesehen, vergißt J. Gothofred, daß diese Constitution des Arcadius ja auch im Theodosischen Codex steht, also mit diesem noch im J. 438. bestätigt worden ist. Da nun die oben angeführte Novelle von 439. ist, so müßte das Civiltestament in dieser kurzen Zwischenzeit durch bloße Gewohnheit aufgehört haben, was völlig undenkbar ist! Dem J. Gothofred übrigens folgt *Heinecc.* antiquit. Lib. 2. T. 10—12 §. 14.

[2]) *Trekell* de origine testamentifactionis C. 3. §. 58.

die angeführte Novelle von Theodosius, jedoch nicht wie J. Gothofred als auf einen Beweis, daß das Civiltestament durch Gewohnheit aufgehört habe, sondern vielmehr als auf das Gesetz, wodurch die Aufhebung verfügt worden sei.

Ich werde nunmehr die Stellen einzeln angeben, welche das Civiltestament als eine besondere, von dem prätorischen verschiedene Form betreffen.

1) L. 1. C. Th. de testamentis (4. 4.) vom J. 326. oder 354. (Constantin oder Constantius).

„In codicillis, quos testamentum non praecedit, *sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque* interventum non deesse oportet“ rel.

Die Interpretation stimmt damit überein.

2) L. 3. eod. vom J. 396. (Arcadius).

„. . Nec patimur fidem conditi arbitrii ob hoc debere convelli, si aut majorem in principio *Signatorum* aut minorem, aut nullum numerum conditor suae praedixerit voluntati, *cum quinque huic non ignari subscripserint testamento*“ rel.

Die Interpretation zu dieser Stelle sagt:

„. . . ut vocabulum poneret, *aut civilis, id est quod V. testium, aut praetorii juris, quod*

VII. testium erit subscriptione firmandum" rel.

Die erste dieser Stellen sagt deutlich, ein Testament erfordere sieben oder fünf Zeugen. Daß sieben oder fünf, nicht fünf allein, genannt sind, scheint widersinnig, da durch die kleinere Zahl auch die größere zugleich mit als zulänglich bestimmt ist, und eben so auch acht oder neun u. s. w. hätten genannt werden können. Allein es erklärt sich durch die von dem Interpreten der zweiten ausdrücklich hinzugefügte Beziehung auf die Civilform, so daß nun der Satz auf folgende Weise ergänzt werden muß: entweder sieben Zeugen ohne Mancipation, oder fünf mit Mancipation. Aber nach dieser Ergänzung scheint es gerade umgekehrt seltsam, daß sieben oder fünf, und nicht vielmehr blos sieben, genannt sind, da die Mancipation außer den fünf Zeugen ja auch noch einen Libripens und einen Emtor erforderte, also gleichfalls sieben Personen. Auch diese zwei Personen scheinen in der That wahre Zeugen gewesen zu seyn, und wenn sie gleich ihres besonderen Geschäfts wegen durch eigene Namen ausgezeichnet wurden, so scheint es doch unerklärlich, daß sie unter den Personen, deren Gegenwart erfordert werde, gar nicht mitgezählt seyn sollten, da sie alle Eigenschaften wahrer Zeugen (und nur noch einige Eigen-

schaften mehr) zu besitzen scheinen. Es scheint vielmehr natürlicher, daß auch bei dem Civiltestament sieben Personen erfordert worden wären, übrigens mit oder ohne Bemerkung des kleinen Unterschieds in der Benennung. Diese Bedenklichkeit hebt sich indessen dadurch, daß in der That der Libripens und der Emtor von den Zeugen sehr wesentlich, und nicht blos dem Namen nach, verschieden waren. Nämlich das prätorische Testament mußte bekanntlich von den sieben Zeugen schon nach den Worten des Edicts zugesiegelt werden. Diese Nothwendigkeit der Siegel aber war schon sehr frühe auch bei den Civiltestamenten angenommen worden [1]). Dafür spricht schon die innere Wahrscheinlichkeit, indem die Identität des gehörig bestätigten Testaments mit dem nach dem Tode vorgebrachten allgemein und mit Sicherheit kaum anders auszumitteln war, als durch eine bleibende, von den Zeugen vorgenommene Bezeichnung des ihnen vorgelegten Testaments. Dazu kommt aber noch ein ganz unzweideutiger Fall, nämlich das Testament von August, welches ganz entschieden ein Civiltestament war und an welchem eben so sicher nach dem Tode die Zeugen ihre Siegel recognoscirten, ganz wie bei einem prätorischen Testa-

[1]) Gründlich hat Dieses dargethan *Trekell* l. c. C. 3. §. 43.

mente [1]). Endlich auch eine bekannte Stelle des Paulus, welche über die Recognition und Erbrechung der Siegel in solcher Allgemeinheit redet, daß eine Beschränkung auf prätorische Testamente ganz unnatürlich sein würde [2]). Alles, was hier von den Siegeln gesagt worden ist, gilt eben so von den Unterschriften, die gleichfalls schon früher, und als bloße Zugabe zu den Siegeln, bei beiden Testamenten entstanden sind, wie bei einer andern Gelegenheit gezeigt werden soll. Aber nun fragt es sich, wer überhaupt bei Civiltestamenten gesiegelt haben mag, ob blos die fünf Zeugen, oder auch der Libripens und der Emtor. Trekell nimmt ohne Beweis an, daß alle sieben gesiegelt haben [3]); ich glaube be-

[1]) *Suetonii* Nero C. 4. „Ex hoc Domitius nascitur, quem *emtorem familiae pecuniaeque in testamento Augusti fuisse,* mox vulgo notatum est.“ Ej. Tiberius C. 23. „Inlatum deinde Augusti testamentum, non admissis signatoribus, nisi senatorii ordinis, *ceteris extra curiam signa agnoscentibus*“. Add. Ej. Augustus C. 101. — Weniger beweisend ist *Quintilian.* declamat. 308. „Non dixerim ego testamentum, cui numerus signatorum deest: non dixerim testamentum, cui libripens et emptor familiae, et cetera juri necessaria“; denn wenn die Stelle einen richtigen Sinn geben soll, so ist man sogar genöthigt, die erste Hälfte auf das prätorische, die zweite auf das Civiltestament ausschließend zu beziehen, bei welchem letzten sodann keine Signatoren genannt werden.

[2]) *Paulus* Lib. 4. T. 6.

[3]) *Trekell* l. c. C. 3. §. 45. 48. (p. 167. 173.). Daß er anstatt

weisen zu können, daß es nur bei den fünf eigentlichen Zeugen der Fall war. Ganz deutlich sagt es Isidor [1]). Paulus nennt in der angeführten Stelle über die Eröffnung der Testamente nur allein die *testes* als solche Personen, denen ihre Siegel vorgelegt werden sollten; der Libripens und der Emtor aber führten in der genauen Sprache des alten Rechts wenigstens nicht diesen Namen, sondern waren davon ausgeschlossen [2]). Desgleichen nennt die oben (S. 132.) excerpirte Constitution von Arcadius ausdrücklich fünf Signatoren, welche zugleich unterschreiben. Und vielleicht könnte auf diese verschiedene Zahl der Siegel sogar die bekannte Stelle des Cicero gedeutet werden, nach welcher das Edict „die gehörige Zahl von Zeugen" forderte [3]),

der Emtor den Antestatus zählt, um die sieben Personen vollzählig zu erhalten, ist in dieser Untersuchung gleichgültig.

[1]) *Isidori* origines Lib. 4. C. 24. „Testamentum juris civilis est *quinque testium signis signatum, subscriptione firmatum*. Testamentum juris praetorii est septem testium signis signatum."

[2]) *Ulpian.* T. 20. §. 7. „Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina, *neque* familiae emptor, *neque* testis, libripens*ve* fieri potest." Eben so §. 6. „testes utrique, *vel alter testis, alter libripens* fieri possunt". Cf. §. 3. 4. 5. 8. [Freilich hat einen andern Sprachgebrauch Gajus II. §. 107. „De libripende eadem, quae et de testibus, dicta intellegemus: *nam et is testium numero est.*"]

[3]) *Cicero* in Verrem Lib. 1. C. 43. „Si de hereditate am-

ein unbestimmter Ausdruck, der bei wechselnden Zahlen begreiflicher ist, als bei einer überall gleichförmigen. Geht man nun von dieser Ansicht aus, so ist in den oben excerpirten Stellen Alles klar. Die erste fordert sieben oder fünf Zeugen, d. h. entweder sieben Siegel ohne Mancipation, oder fünf Siegel mit Mancipation; die zweite Stelle, blos vom Civiltestament redend, fordert fünf Siegel und Unterschriften. Beide setzen für das Civiltestament die Gegenwart des Libripens und des Emtor als nothwendig voraus, ohne sie auszudrücken; dieses Stillschweigen erklärt sich daraus, daß nach dem Tode, wo die Gültigkeit eines Testaments beurtheilt werden soll (und darauf gehen ja zunächst diese Constitutionen), in der That jene zwei Personen unbedeutender werden, als die eigentlichen Zeugen, deren Siegel und Unterschriften sichtbare Gegenstände der Untersuchung sind und bleiben [1]).

3) Novella *Theodosii jun.* Tit. 9. (a. 439.)

bigetur, et tabulae testamenti obsignatae *non minus multis signis quam e lege oporteat*, ad me proferentur." Die Worte *e lege* heißen wohl hier so viel als jure, ohne auf einen einzelnen Volksschluß, oder auch nur ausschließend auf das Civilrecht im Gegensatz des prätorischen, zu gehen.

[1]) [Ueber die Zahl der Siegel im Civiltestament vgl. die sehr genaue und sorgfältige Untersuchung bei Leist Bonorum possessio B. 1. S. 168. B. 2. §. 132. 133.]

Diese Novelle ist es, welche nach Trekell das Civiltestament aufgehoben hat, nach J. Gothofred aber beweist, daß es schon früher außer Gebrauch gekommen war. Der wahre Inhalt indessen, so weit sie unsere Frage betrifft, ist dieser: „Das alte Recht hatte weislich verstattet, den Inhalt des Testaments vor den Zeugen zu verbergen. Davon ist man späterhin unverständigerweise abgewichen, was nunmehr verbessert werden soll. Es wird daher verordnet, daß es Jedem, der seinen letzten Willen verbergen will, frei stehe, denselben verschlossen von sieben Zeugen siegeln und unterschreiben zu lassen.“ Hierin liegt offenbar für Trekell's Meinung nicht das Geringste, die des J. Gothofred dagegen hat auf den ersten Blick viele Wahrscheinlichkeit, da nicht zu läugnen ist, daß hier so geredet wird, als ob kein anderes Testament, denn das prätorische, existirte. Dennoch muß eine andere Erklärung versucht werden, weil, was ganz entscheidend ist, die weit spätere Fortdauer des Civiltestaments die bestimmtesten Zeugnisse für sich hat. Hier ist eine solche Erklärung. Fragt man, wie die von dem Kaiser mißbilligte Gewohnheit entstanden sein möge, so läßt sich kaum eine andere Veranlassung denken, als die eigenthümliche Form des Civiltestaments. Bei diesem nämlich kam von jeher eine nuncupatio testamenti, als zur bloßen

Form gehörig, vor [1]), die man leicht dergestalt mißverstanden und ausgedehnt haben kann, daß dadurch das schriftliche Testament selbst in der That zu einem nuncupativen werden mußte; bei dem prätorischen Testamente, bei welchem gar nicht gesprochen zu werden brauchte, läßt sich eine solche Veranlassung gar nicht denken, obgleich die neue Behandlung, wenn sie einmal da war, leicht auch hierauf angewendet werden konnte. Nimmt man nun Dieses an, so läßt sich der Gedanke des Kaisers leicht so ergänzen: „Bei dem Civiltestament zwar soll die nun einmal durch Gewohnheit ausgedehnte nuncupatio testamenti beibehalten werden; allein es ist Niemand genöthigt, ein Civiltestament zu machen. Wenn also Jemand seinen letzten Willen verborgen halten will, so kann er prätorisch testiren, und in diesem Fall soll durchaus nicht gefordert werden können, daß er den Inhalt den Zeugen offenbare." Ich füge dieser Erklärung eine zweite hinzu, nicht sowohl, um zwischen beiden die Wahl zu lassen, als um die Wahrscheinlichkeit der ersten durch die zweite zu erhöhen. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Mancipation, die in anderer, als lateinischer Sprache ganz unmöglich war, in den Ländern griechischer Sprache nie recht Wurzel fassen konnte, und früher, als im We-

[1]) *Ulpian.* Tit. 20. §. 9.

sten, gänzlich verschwinden mußte. Unsere Novelle nun ist für das östliche Reich erlassen; wie natürlich ist es also, daß darin das ohnehin seltene Testament mit Mancipation, da es der Zusammenhang nicht nothwendig machte, auch nicht ausdrücklich genannt, und dagegen alle Sorgfalt auf die zweckmäßige Anwendung des weit gewöhnlicheren prätorischen Testaments verwendet ist! Die Hauptsumme meiner Erklärung also liegt darin, daß die prätorische Form nicht ausschließend vorgeschrieben, sondern nur hypothetisch erwähnt ist. Und für diese Ansicht finde ich eine sehr wichtige Bestätigung in den Worten der Interpretation, die genau diesen Sinn haben:

„Haec lex ... hoc amplius habet, ut *si aliquis jure praetorio condiderit testamentum, id est quod septem testium subscriptionibus confirmatur,* auctor testamenti ... subscribat."

4) Novella *Valentiniani* Tit. 4. (a. 446.)

Hier ist auf die unzweideutigste Weise gesagt, daß Civiltestament und prätorisches, sieben und fünf Zeugen, in gleichem Grade zulässig seien:

„Nam cum liceat cunctis *jure civili atque praetorio*, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere"

und nachher

„defunctorum . . voluntatem, cui multum roboris erit, si *vel septem vel quinque testibus* muniatur.“

Durch diese Stelle sind nun mit einemmale alle oben angeführten Meinungen von früherer Verschmelzung beider Formen zu einer einzigen, völlig widerlegt, selbst die Meinung des J. Gothofred, welcher ohne allen Zweifel die Novelle von Valentinian übersehen hat, und außerdem sicher anders geurtheilt haben würde. Uebrigens ist es merkwürdig, daß diese Novelle, die das Civiltestament wieder so ausdrücklich erwähnt, aus dem westlichen Reiche herrührt.

Diese Stellen sind die einzigen, welche aus dem bestehenden alten Reiche für die Fortdauer der zwei getrennten Testamentsformen angeführt werden können. Aber weit mehr Spuren derselben Fortdauer finden sich im Westen aus der Zeit nach der Auflösung des Reichs.

5) Edictum *Theoderici* Tit. 28.

„Faciendorum testamentorum . . . damus late licentiam: ita ut *septem aut quinque testes* . . . subscribant.“

6) *Papiani* Responsa Tit. 44. ed. Schulting (also aus dem Burgundischen Reiche):

„Si vero testes adhibeantur, . . . adhibendi sunt numero competenti, *quinque aut septem.*"

7) Aus dem Westgothischen Reiche die Interpretation zu den drei oben angeführten alt-Römischen Constitutionen Num. 1. 2. 3. (S. 132. 140.). Diese Stellen sind um so entscheidender, da die zweite und dritte nicht blos die Worte des Textes wiederholt, sondern gerade diese Beziehung auf prätorisches und Civiltestament weit bestimmter und deutlicher, als der Text selbst, ausdrückt.

8) Die Stelle des Isidor (S. 136.), welche aus dem geltenden Recht seiner Zeit, nicht blos aus dem Breviarium, geschöpft zu sein scheint, da im Breviarium gerade Dieses nicht mit derselben Bestimmtheit gesagt ist.

9) Endlich noch eine nicht geringe Anzahl wirklicher Testamente aus dem Fränkischen und Lombardischen Reiche [1]) bis in das neunte Jahrhundert, bei welchen zwar zuweilen sieben, noch öfter aber fünf Zeugen zugezogen sind. Wären blos diese Rechtsfälle vorhanden, so würde darauf allein kein sicherer Beweis gebaut werden können, weil man nicht mit Sicherheit darauf rechnen könnte, ob nicht die Ver-

[1]) Ich werde diese Testamente im zweiten Bande meiner Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter einzeln angeben. [Sie finden sich daselbst in der zweiten Ausgabe §. 38—41 und §. 83.]

fasser Testamente und Codicille in einem verwirrten Begriffe zusammen gefaßt hätten; allein in Verbindung mit jenen älteren Zeugnissen sind auch diese nicht zu verwerfen. Ich behaupte aber nicht, daß bis in so späte Zeit hinein wahre Mancipationen vorgekommen seyen: diese sind ohne Zweifel erst immer roher und unförmlicher geworden, dann ganz verschwunden, so daß Nichts mehr übrig blieb, als der nunmehr ganz mißverstandene Satz, daß vor fünf Zeugen ein Testament gemacht werden könne [1]).

Wie verhält sich aber zu diesem Allen das Recht von Justinian? Daß im östlichen Reiche die Mancipation früher, als im westlichen, verschwand, ist schon oben (S. 140.) bemerkt worden, und daß Justinian sie in allen ihren verschiedenen Beziehungen nicht erst aufhob, sondern schon außer Gebrauch fand, geht aus seiner ganzen Gesetzgebung deutlich hervor. Dieses war also der Fall auch bei den Testamenten. Ein Civiltestament existirte nicht mehr, und es war daher kein anderes übrig, als das durch Constitutionen hin und wieder modificirte prätorische. Natür-

[1]) [Zu diesen Zeugnissen können noch folgende hinzugefügt werden:

10) *L. Burg*. Tit. 43. §. 1, vgl. Tit. 88. §. 2. und Addit. 1. Tit. 12.

11) Lombardisches Capitulare von Karl dem Großen, *Balux*. I. 245. *Canciani* V. p. 15. *Pertz* p. 69.]

licherweise mußte also Justinian von einer einzigen Form anstatt der ehemals verschiedenen zwei Formen sprechen, und er konnte in den Codex keine Constitution aufnehmen, wodurch die Zusammenschmelzung bewirkt worden war, weil keine solche Constitution existirte. Allerdings steht im Codex eine Constitution, welche diesen Schein hat, nämlich L. 21. C. de testamentis, d. h. eben unsre oben erklärte Novelle von Theodosius (S. 137. fg.), wovon jedoch die Einleitung weggelassen worden ist; und eben der scheinbare Sinn der Stelle des Codex hat ohne Zweifel bei den Neueren auch für die Novelle dieselbe Ansicht befestigt. Daß die Novelle anders gemeint war, habe ich oben gezeigt; dennoch gebe ich für die Stelle des Codex den Sinn zu, den ich für ihre Quelle widerlegt habe. Dieses aber nicht, als ob Justinian die Quelle verändert oder selbst mißverstanden hätte, sondern blos wegen der ganz andern Umgebung. Weil nämlich diese Stelle, die von dem Testament mit sieben Zeugen spricht, in einem allgemeinen Gesetzbuch von ausschließender Gültigkeit steht, welches in keiner anderen Stelle das Testament mit fünf Zeugen erlaubt, so wird sie eben dadurch (wozu sie ursprünglich gar nicht bestimmt war) eine unbedingte Vorschrift der sieben Zeugen. Der Unterschied der östlichen und der westlichen Länder in

diesem Rechtssatz lag also darin, daß im Osten die Mancipation früher ganz aufhörte, und zwar zu einer Zeit, wo man noch im Stande war, die nothwendige Folge dieser Veränderung, nämlich die ausschließende Fortdauer des prätorischen Testaments mit sieben Zeugen, zu verstehen. Darum ist dieser Gegenstand, wie so viele andere, im Justinianischen Recht mit Verstand behandelt. Als aber in den westlichen Ländern die Mancipation aufhörte, hatte man auch schon ganz aufgehört, den Zusammenhang des alten Rechts zu verstehen, und so glaubte man, in dem Testament mit fünf Zeugen das alte Civiltestament fortdauern zu lassen, obgleich es diesem auch nicht im Geringsten ähnlich sah. Wenn man übrigens auf die wirkliche Anwendung sieht, so ist dieses einer der Rechtssätze, worin die westlichen Länder am längsten und allgemeinsten vom Justinianischen Recht verschieden geblieben sind, indem selbst die Lombardischen Römer vor fünf Zeugen testirten (S. 142.), obgleich diese im Ganzen nach Justinianischem Rechte lebten. Dieses einzelne Recht konnte sich aber auch leichter, als vieles andere, durch die bloße Gewohnheit der Notare erhalten. Der Justinianische Grundsatz ist in den westlichen Ländern nicht eher herrschend geworden, als seit dem zwölften Jahrhundert, wo

die Kenntniß und das Ansehen dieses Rechts von Bologna aus neu begründet wurde.

Ich habe bisher von dem schriftlichen Privattestament gesprochen. Bei dem mündlichen hat eine abgesonderte prätorische Form niemals existirt, sondern es war in früherer Zeit nur durch Mancipation möglich. Als nun die Mancipation außer Gebrauch kam, wurde nur diese Feierlichkeit weggelassen, alles Uebrige blieb unverändert. Auch war dabei die Veränderung weniger merklich, indem die Zeugen nicht zu siegeln, noch zu schreiben hatten, folglich auch der Libripens und der Emtor als wahre Zeugen, vor welchen die anderen Zeugen kein Geschäft voraus hatten, betrachtet werden mußten. Auf diese Eigenthümlichkeit des mündlichen Testaments beziehe ich es, daß Theodosius bei dem schriftlichen Testament die sieben Zeugen nur hypothetisch erwähnt, bei dem mündlichen aber unbedingt fordert [1]); wobei ich annehme, daß damals das mündliche Testament auch ohne Mancipation bereits durch Gewohnheit zulässig geworden war. Desgleichen erkläre ich mir hieraus den Ausdruck der Novelle von Valentinian, welche

[1]) Nov. Theodosii Tit. 9. „liquere ... *si nullum scire volent*, ... rogatis testibus septem ... offerre“, und nachher: „Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta *non alias valere sancimus, nisi septem testes* ... audierint“.

das nuncupative Testament als ein drittes dem civi-
len und prätorischen an die Seite setzt (S. 140.).

Es verdient ehrenvolle Erwähnung, daß Marini früher als alle Juristen darauf aufmersam gemacht hat, wie noch lange nach der Novelle von Theodosius, nämlich noch in der von Valentinian, im Edict von Theoderich, und in der Praxis der Urkunden, von Civiltestamenten und fünf Zeugen die Rede ist [1]).

[1]) *Marini* papiri diplomatici, p. 263. not. 11.

Nachtrag 1849.

Auf die vorstehende Abhandlung bezieht sich eine ausführliche, bald nach ihr erschienene, Recension in den Heidelbergischen Jahrbüchern 1815. B. 2. S. 684—698. Der Recensent erklärt sich für die Meinung von Trekell, nach welcher die Novelle Tit. 9. von Theodosius II. die Verschmelzung beider alten Testamentsformen zu einer einzigen unmittelbar bewirkt hat. Er sucht diese Annahme zu bestätigen theils durch die Erklärung der Novelle selbst, die nach ihm nur so in ungezwungener Weise durchgeführt werden könne, theils durch die Stellen, worin Justinian auf jene Veränderung hindeutet, namentlich L. 28. §. 1. C. de test. und §. 3. J. de test. ord. — Dem aus der Novelle von Valentinian Tit. 4. vom J. 446 entnommenen Haupteinwurf begegnet er auf folgende Weise.

Valentinian erkennt allerdings noch im J. 446 beide Testamentsformen in alter Weise an.

Allein erst im J. 447 sandte Theodosius seine bis dahin erlassenen Novellen zur Promulgation in das westliche Reich (Nov. Theod. T. 2). Die Bestätigung von Valentinian erfolgte 448 (Nov. Valent. T. 13. bei Gothofredus, [Tit. 25. bei Hänel], Nov. Theod. Tit. 35. bei Ritter). Dadurch erhielt im Westen die Novelle des Theodosius Tit. 9. Gesetzeskraft, es waren dadurch die zwei Testamentsformen auch hier verschmolzen, und die Novelle von Valentinian Tit. 4. kam dadurch indirect außer Kraft. Von einer Uebersendung der Novelle 4 von Valentinian nach Constantinopel, und von einer Bestätigung derselben durch Theodosius ist keine Nachricht vorhanden. Die Westgothische Interpretation, so wie die spätere Praxis in den Ländern des westlichen Reichs, kann dagegen Nichts beweisen, indem man dort über den hier angegebenen historischen Zusammenhang der Sache nicht im Klaren war, und daher durch den wörtlichen Inhalt der Novelle von Valentinian getäuscht wurde, die man als fortbestehendes, geltendes Recht betrachtete.

Nach unbefangener Erwägung der sich durchkreuzenden Quellenstücke muß ich einräumen, daß aus dieser Auffassung derselben eine ungezwungenere Erklärung hervorgeht, weshalb ich geneigt bin, die in der vorstehenden Abhandlung versuchte aufzugeben.

Mit dieser Ansicht stimmt denn auch im Wesentlichen überein: Leist Bonorum possessio B. 2. Abth. 2. 1848. S. 106—113, der diesen geschichtlichen Zusammenhang nur noch weiter ausführt, und dabei mit großer Umsicht und Gründlichkeit verfährt, so daß ich seiner Darstellung der Sache im Ganzen beitreten muß.

VIII.

Ueber die juristische Behandlung der Sacra privata bei den Römern, und über einige damit verwandte Gegenstände.

Vorbemerkung.

Die Grundlage der hier mitgetheilten Schrift ist eine in der Berliner Akademie der Wissenschaften am 16. Januar 1812 gehaltenen Vorlesung, welche jedoch in den Abhandlungen der Akademie nicht abgedruckt, vielmehr von dem Verfasser völlig umgearbeitet wurde.

Die erste Ausgabe dieser ganz neuen Arbeit findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 1. Heft 3. 1816. Num. XV. S. 362—404.

Seitdem ist theils durch die Entdeckung der Institutionen des Gajus, theils durch die Forschung anderer Schriftsteller, manches neue Licht über diesen Gegenstand verbreitet worden. Die dadurch veranlaßten Zusätze sind theils in einer Anzahl von Noten (durch Klammern bezeichnet) niedergelegt worden, theils in einem zusammenhängenden Nachtrag am Schluß dieser Abhandlung.

In dem Römischen Cultus findet sich eine Art von Götterdienst, welcher von bloßen Privatpersonen als Verpflichtung gefordert wurde, und so, wie jeder andere, unter Aufsicht der Pontifices stand: die sacra privata. Wenn nämlich ein Römer gewisse Opfer gelobte, und die Pontifices Dieses genehmigten [1]), so war er nun für immer zu diesem Dienste verbunden. Ja selbst mit seinem Leben sollte dieser Dienst nicht aufhören, sondern wo möglich ewige Dauer haben [2]). Deshalb nahmen die Pontifices an, daß die Verpflichtung nicht sowohl auf der Person, als auf dem Vermögen ruhe, und mit diesem Vermögen nach dem Tode auf andere Personen übergehe [3]). Nur war dieser Uebergang, wie sich unten zeigen wird, nicht

[1]) *Cicero* pro domo C. 51. „Si quid deliberares, siquid tibi aut piandum, aut instituendum fuisset religione domestica: tamen, instituto ceterorum vetere, ad pontificem detulisses."

[2]) *Cicero* de legg. II. 19. „De sacris autem . . haec sit una sententia, ut conserventur semper, et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, *perpetua sint sacra.*"

[3]) *Cicero* l. c. „Hoc posito, haec jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret et his esset ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit." — ibid. C. 21. „sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt." — *Festus* v. sine sacris hereditas. — Pecunia heißt hier, wie in vielen Stellen, nicht baares Geld, sondern Alles, was im Eigenthum ist. Vgl. *Festus* v. pecunia, L. 5. pr. L. 178. pr. L. 222. D. de verb. sign. (50. 16.) [Auct. ad Herennium IV. 29.]

an das Vermögen jeder Art, sondern vorzugsweise an das quiritarische Eigenthum geknüpft, genau so, wie nach alter Verfassung die Steuern nicht vom Vermögen überhaupt, sondern allein vom quiritarischen Eigenthum entrichtet wurden [1]).

I.

Cicero de legibus II. 19. 20. 21.

Für diesen Uebergang der sacra privata gab es zu Cicero's Zeit zwei Theorien, worin dieser Gegenstand mit aller Genauigkeit juristischer Bestimmungen behandelt wurde: eine ältere und eine neuere, welche letzte durch ihre größere Vollständigkeit die ältere verdrängt hatte. Indem Cicero diese Theorien vorträgt, führt er zugleich bittere Klagen darüber, daß hierin die Juristen das geistliche Recht verdorben hätten; denn durch Juristen unter den Pontifices, seyen Schleichwege erfunden worden, um jener Verpflichtung zu entgehen. Ich werde nun zuerst eine allgemeine Uebersicht über beide Theorien geben, und dann die Stelle des Cicero im Einzelnen zu erläutern suchen.

Nach der neueren Theorie, welche Cicero auf

1) Niebuhr Römische Geschichte Th. 1. S. 260.

die Autorität seines Lehrers, des Pontifex Maximus Q. Mucius Scävola, vorträgt, sollte die Verpflichtung zu den sacris auf folgende Personen übergehen:

1) auf alle heredes;
2) neben diesen zugleich auf manche Legatare;
3) in Ermangelung eines heres auf Den, welcher am meisten aus diesem Vermögen usucapirt hat;
4) in Ermangelung eines solchen auf eine andere Person, die erst durch die Untersuchung selbst bestimmt werden kann;
6) zuletzt, bei einem erblosen Vermögen, auf die Schuldner des Verstorbenen, die durch den Tod desselben frei geworden sind.

Die ältere Theorie beschränkte sich auf die drei ersten unter diesen Fällen, und war auch in diesen etwas abweichend, wie bei diesen Fällen selbst bemerkt werden soll.

Ich wende mich nun zur Erklärung der Stelle des Cicero [1]).

[1]) *Cicero* de legg. II. 19. 20. 21. Ich folge der Ausgabe von Görenz (Lips. 1809. 8.). Unter den Erklärungen dieser merkwürdigen Stelle ist bei Weitem die gründlichste die des Balduinus in seiner jurispr. Mucian. (Jurispr. Rom. et Att. T. I. p. 468—473). Wenig Eigenes und Brauchbares haben: *Guther*. de jur. pontif. II. 5. *Gronov*. de sestert. IV. 7—9. *D'Arnaud* var. conject. II.

„Quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. (I) Heredum causa justissima est. Nulla est enim persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigrarit, propius accedat.“

Die erste Verpflichtung also haben alle heredes gemeinschaftlich, ihr Erbtheil mag groß oder gering seyn. Es bedarf wohl keines Beweises, daß in einer Regel, die sich lange vor Cicero's Zeit gebildet hatte, der Ausdruck heres im strengen Sinne, nämlich allein vom Civilerben verstanden werden muß, da ja noch in weit späteren Zeiten dieser Sprachgebrauch bei genauer Rede beobachtet wird [1]). Auf diese erste Art, sacra zu übertragen, gründete sich die sprichwörtliche Redensart: sine sacris hereditas, für ein besonderes, ungetrübtes Glück [2]). In Ar-

1. 2. *Trekell* de orig. testamentifact. p. 230—233. *Bach* ad *Brisson.* de formulis p. 118 ed. 1754. — Vergeblich habe ich mich bemüht um: *H. Heisen* diss. 1. et 2. de jure privatorum sacrorum ap. Rom. Brem. 1744. 4.

[1]) *Ulpian.* XXVIII. 12. „Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, *heredes quidem non sunt*“ etc. — §. 2. I. de bon. poss. (3. 10.) „Quos autem solus vocat Praetor ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt, nam Praetor heredem facere non potest, per Legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per Senatusconsultum et Constitutiones principales.“ — Vgl. *Brissonius* v. heres.

[2]) *Plauti* Capt. Act. 4. Sc. 1. v. 8. — *Festus* v. sine sacris hereditas.

pinum galt aus unbekannten Gründen das eigene Recht, daß die sacra nicht auf die Erben übergingen [1]). Die ältere Römische Theorie enthielt für diesen Fall nichts Abweichendes.

„(II) Deinde, qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. Id quoque ordine. Est enim ad id, quod propositum est, accommodatum.“

Auch der Singularsuccessor ist (zugleich mit allen Erben) verpflichtet, er mag nun durch Legat (testamento) oder durch Schenkung von Todeswegen (morte) quiritarisches Eigenthum des Verstorbenen erwerben, jedoch nur, wenn das Erworbene eben so viel beträgt, als allen Erben zusammen übrig bleibt. Die ältere Theorie setzte diesen Fall an das Ende, und bestimmte ihn selbst anders, nämlich so: si *major pars pecuniae* legata est, si inde quippiam ceperit. Damals also mußte dem Legatar mehr, als die Hälfte des ganzen Vermögens, zugewendet worden seyn, wenn er verpflichtet sein sollte. Die Aenderung gründete sich darauf, daß die Lex Voconia allen censirten Bürgern verboten hatte, einem Legatar mehr zu hinterlassen, als den Erben zusammen genommen blei-

[1]) *Cato* Lib. 2. Orig. bei *Priscian.* Lib. 4. (p. 629. ed *Putsch.*) „Si quis mortuus est Arpinatis, ejus heredem sacra non sequuntur.“

den würde [1]), so daß nun unsere neuere Theorie demjenigen Legatar die sacra auflegt, welcher das größte nach der Lex Voconia erlaubte Legat erhält. Gewöhnlich nimmt man diese ganze zweite Classe so, als ob dadurch die Erben frei geworden wären, aber gewiß unrichtig, so daß vielmehr eine gemeinschaftliche Verpflichtung beider angenommen werden muß. Denn da alle Erben ohne Rücksicht auf die Größe des Erbtheils verpflichtet waren, also z. B. derjenige, welcher zu $\frac{1}{10}$ Erbe war, durch die Concurrenz des Miterben zu $\frac{9}{10}$ nicht von den sacris frei wurde, so läßt es sich nicht denken, daß der Erbe ex asse, wenn die Hälfte der Erbschaft legirt war, durch die Concurrenz dieses Legatars, der ihm doch nur die Hälfte der Erbschaft entzog, hätte befreit werden sollen.

> „(III) Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usu ceperit plurimum possidendo." (Bei der älteren Theorie heißt es hier kürzer so: aut si majorem partem pecuniae capiat.)

Das übergehende quiritarische Eigenthum machte zugleich die sacra übergehen; darum waren vor Allen

[1]) *Cicero* in Verr. I. 43. „Quod si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam *ei, qui census non sit, licet*."

die Erben verpflichtet; wie aber, wenn keine Erben vorhanden waren? War auch kein Vermögen da, so gingen natürlich die sacra unter; wenn aber der Verstorbene zur Zeit seines Todes quiritarisches Eigenthum gehabt, also hinterlassen hatte (de bonis quae ejus fuerint, cum moritur), wie konnte dieses von einem Andern quiritarisch erworben werden? Zunächst war daran nur bonitarisches Eigenthum (possessio) möglich, aber durch Usucapion verwandelte es sich in quiritarisches, und nun sollte Derjenige, welcher auf diesem Wege, mehr als die Uebrigen, quiritarisch erworben hätte (usuceperit plurimum possidendo), die sacra übernehmen. Daß das Wort possidendo diesen Sinn in der Kunstsprache des alten Rechts haben kann, ist aus einer sehr bekannten Stelle des Edicts unzweifelhaft [1]). Welcher Fall ist nun hier eigentlich gemeint? Ich glaube, zunächst und vorzüglich, obgleich nicht allein, der Fall des prätorischen

[1]) L. 7. pr. D. de damno infecto (39. 2.) „eum, cui ita non cavebitur .... *etiam possidere* jubebo.“ — L. 15. §. 16. eod. „Julianus scribit, eum qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore *dominus constituatur*.“ Nämlich dominus in dem neueren allgemeinen Sinn, da auch der bonitarische Eigenthümer diesen Namen führte. [Ganz entscheidend ist hier Gajus II. §. 41: „ .. in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure quiritium vero mea permanebit, donec tu eam *possidendo usucapias*.“]

Erben, des bonorum possessor. Daß dieser nicht schon in dem ersten Fall (dem des heres) mit gemeint sein kann, ist bereits oben (S. 155) gezeigt worden. Daß er ganz mit Stillschweigen übergangen wäre, ist gegen alle Wahrscheinlichkeit, da gewiß schon zu Cicero's Zeit die Erbfolge durch bonorum possessio nicht seltener war, als die durch hereditas, ja auch noch aus einem andern Grunde: jeder zum heres Berufene nämlich konnte seinen Anspruch auf hereditas fallen lassen, und bonorum possessor werden; wäre nun der bonorum possessor nicht an die sacra gebunden gewesen, so hätte sich bei der Erbschaft Jeder davon frei machen können, und sehr bald würden alle sacra untergegangen sein. Nimmt man nun aber an, daß der bonorum possessor nicht vergessen sein konnte, so ist in der That diese dritte Classe die einzige, worin er gesucht werden darf. Nämlich der prätorische Erbe bekam an Allem, was der Verstorbene quiritarisch gehabt hatte, nur bonitarisches Eigenthum, und die usucapio pro herede war recht eigentlich dazu bestimmt, ihm quiritarisches Eigenthum an den einzelnen von ihm besessenen Erbschaftssachen zu verschaffen [1]). Der Beweis die=

[1]) [Die hier folgende künstliche Beweisführung ist späterhin freilich entbehrlich gemacht worden durch das unmittelbare Zeugniß des Gajus III. §. 80.]

ses Satzes liegt erstlich darin, daß auch in allen übrigen Fällen, worin der Prätor aus einem von ihm eingeführten Grundsatz Eigenthum verschaffen wollte, Dieses nur auf bonitarische Weise, und nur mit Usucapionsfähigkeit geschah [1]), ohne Zweifel also deswegen, weil der Prätor überhaupt nicht weiter gehen konnte. Zweitens in der Analogie der Fideicommisse: auch diese enthalten eine neuere Fiction des Erbrechts, und auch bei ihnen wird blos bonitarisches Eigenthum erworben [2]). Drittens in der Analogie der obligatorischen Verhältnisse bei der bonorum possessio selbst: diese gehen nämlich nicht rein und unmittelbar über, sondern nur durch Fiction, durch actiones utiles [3]); was ist also natürlicher, als auch bei dem Eigenthum einen fingirten Uebergang anzunehmen, der dann in nichts Anderem, als in bonitarischem Eigenthum bestehen kann?

[1]) So bei dem possidere jubere wegen damnum infectum (s. die Anm. S. 158). — Eben so bei dem duci jubere wegen einer actio noxalis. L. 26. in f. D. de nox. act. (9. 4.) „jussu enim Praetoris ductus, *in bonis* fit ejus qui duxit."

[2]) L. 63. pr. D. ad Sc. Trebell. (36. 1.) „Facta in fideicommissarium restitutione, statim omnes res *in bonis* fiunt ejus cui restituta est hereditas."

[3]) *Ulpian.* XXVIII. 12. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, *fictitiis actionibus* opus est in quibus heredes esse *finguntur*."

Viertens: Varro zählt in einer sehr bekannten Stelle die Erwerbungsarten des quiritarischen Eigenthums auf; unter diesen steht hereditas obenan, und bonorum possessio ist davon ausgeschlossen [1]). Fünftens beweis't dafür, daß ohnehin dem bonorum possessor eine *possessio* pro herede zugeschrieben wird [2]), und daß auch die *usucapio* pro herede dadurch einen bestimmten Sinn erhält, die in den Quellen des Justinianischen Rechts so räthselhaft erscheint und erscheinen muß, nachdem ihr jene ursprüngliche Bestimmung entzogen worden ist. Auch die bonorum possessio *sine re* erhält dadurch erst eine wirklich praktische Bedeutung: sie war nämlich kein leerer Name, weil sie nach 1 — 2 Jahren [3]) durch Usucapion das Eigenthum der einzelnen Sachen verschaffte, und nun diese einzelnen Sachen dem bonorum possessor schützte, wenn gleich ihm nach vielen Jahren die Succession im Ganzen durch den

[1]) *Varro* de re rustica II. 10. „si justam hereditatem adiit." Hier drückt jedes einzelne Wort die ausschließende Beziehung auf Civilrecht aus, und die Ausdrücke scheinen absichtlich so gewählt, um alle Gedanken an bonorum possessio zu entfernen.

[2]) L. 11. pr. D. de hered. petit. (5. 3.) „Sed enim et bonorum possessor *pro herede videtur possidere.*" Vgl. L. 35. §. 1. D. de usurp. (41. 3.)

[3]) [Dieses muß nunmehr dahin berichtigt werden, daß die pro herede usucapio an allen Sachen, auch den unbeweglichen, stets nur Ein Jahr erforderte. Gajus II. §. 53. 54.]

vorgehenden Civilerben entzogen werden konnte [1]). Nur in Einem Fall sollte der Civilerbe auch für die einzelnen Sachen diese Gefahr nicht haben, wenn er nämlich ein *suus* heres wäre [2]); und Dieses hatte seinen guten Grund darin, daß ein Solcher ipso jure Erbe wurde, so daß man ihm nicht, so wie dem extraneus, eine Versäumniß vorwerfen konnte, wenn er sich nicht über die angefallene Erbschaft erklärte. Endlich wird dadurch auch der geschichtliche Zusammenhang der Klagen bei der bonorum possessio erklärt. Es scheint nämlich, daß ursprünglich der bonorum possessor keine hereditatis petitio gehabt hat, sondern daß diese ihm erst später gegeben worden ist, wie ihrer denn auch in unsern Quellen in Beziehung auf den bonorum possessor nur sehr beiläufige Erwähnung geschieht [3]). Ja sie konnte ursprünglich

[1]) *Ulpian*. XXVIII. 13. Nimmt man diese praktische Beziehung der B. P. sine re nicht an, so muß man sie für eine unnütze Subtilität halten, indem es dann in Fällen dieser Art viel einfacher gewesen wäre, alle B. P. überhaupt zu negiren. [Eine Analogie dafür findet sich in der querela inofficiosi; diese verjährt erst in 5 Jahren, aber der Testamentserbe konnte schon weit früher durch Usucapion der einzelnen Erbschaftssachen volle Sicherheit erlangen, indem er die usucapirten Sachen nicht mehr pro herede besaß. Plinius epist. V. 1., in welcher Stelle jedoch ein biennium erwähnt wird, wohl nur aus Versehen.]

[2]) L. 2. C. de usuc. pro herede (7. 29.) „Nihil pro herede posse usucapi, *suis heredibus existentibus*, magis obtinuit."

[3]) Digest. L. 5. Tit. 5. Der ganze Titel enthält nur zwei kleine Stellen.

nicht für ihn existiren, so lange man sich strenge an die Formen des alten Rechts hielt, in welchem die hereditatis petitio auf einer lis vindiciarum beruhte [1]), also gewiß nur dem wahren heres zugänglich war. Der Prätor aber schützte den bonorum possessor durch das interdictum quorum bonorum, welches *adipiscendae* possessionis war [2]): d. h. der Prätor sorgte nur für das dringendste Bedürfniß, indem er den Besitz der Erbschaftssachen verschaffte; war dieser Besitz einmal ergriffen, so führte er von selbst durch Usucapion zum Eigenthum, welches dann jeden andern Schutz überflüssig machte. Für die Obligationen aber war die Einführung eines neuen, allgemeinen Rechtsmittels nicht nöthig, indem der Prätor dem bonorum possessor jede einzelne Klage des Verstorbenen als actio utilis gab [3]). Es kann übrigens kein Grund gegen die Beziehung unsrer Stelle auf das prätorische Erbrecht daraus genommen werden, daß Cicero blos sagt: possidendo, da doch in unsren Rechtsquellen bonorum possessio (in dieser Zusammensetzung und in dieser Wortfolge)

[1]) *Cicero* in Verrem I. 45.

[2]) L. 1. §. 1. D. quor bon. (43. 2.)

[3]) [Aus *Gajus* (IV. §. 34.) wissen wir nunmehr, daß diese Art des Schutzes, durch fictitia actio, auch für die Gegenstände des Eigenthums dargeboten war.]

der Kunstname des prätorischen Erbrechts zu sein scheint. Dieses beweis't Nichts; denn selbst in den Rechtsquellen ist dieser Sprachgebrauch nicht ohne Ausnahme [1]), und bei Cicero wird in anderen Stellen das prätorische Erbrecht durch possessio, hereditatis possessio, possessio bonorum bezeichnet [2]), ja ich zweifle, ob jemals bonorum possessio von ihm dafür gebraucht wird. Dazu kommt noch, daß Cicero den Fall des bonorum possessor nicht allein bezeichnen wollte, wie sogleich gezeigt werden soll.

Nimmt man diese Erklärung unsrer Stelle an; so ist der innere Zusammenhang unverkennbar. Nach der ersten Classe nämlich sollen verpflichtet seyn alle heredes (denen in der zweiten Classe nur noch andere Personen beigegeben werden); wird aber gar nicht nach Civilrecht, sondern prätorisch geerbt, so fallen dann nach der dritten Classe die sacra auf denjenigen bonorum possessor, der am Meisten erhält. Indessen behaupte ich keinesweges, daß dieser Fall allein in der dritten Classe gemeint sey [3]).

[1]) *Brissonius* v. bonorum possessio und v. possessio nr. 5.

[2]) *Cicero* in Verrem I. 44. 45. pro Cluentio C. 60. [Allerdings steht: bonorum Turpiliae possessionem in den epp. ad fam. VII. 21.]

[3]) [Die hier gegebene Erklärung der dritten Classe wird nunmehr durch *Gajus* (II. §. 52—58), der Hauptsache nach, bestätigt, jedoch

Vielmehr gehört dahin auch der Fall, wenn der Verstorbene zwar Vermögen, aber gar keine Erben hinterließ, weder civile, noch prätorische; hier war Alles herrenlos, wie sich noch weiter unten bestätigen wird, Jeder konnte nach Belieben occupiren und das Occupirte usucapiren. Wer nun so am Meisten usucapirt hatte, war nach der Regel unsrer dritten Classe eben so gut, als der bonorum possessor, an die sacra gebunden. Auch unterschieden sich Beide gar nicht wesentlich in der Art ihres quiritarischen Erwerbs, wodurch doch hier Alles bestimmt wurde; Beide erwarben durch Usucapion, nur der Eine pro herede, der Andere pro suo [1]).

mit der wichtigen Ergänzung, daß lange Zeit auch ein improbus possessor das Vermögen ganz oder theilweise usucapiren konnte, wodurch auch dieser alsdann die Last der sacra übernehmen mußte.]

[1]) Die bisherigen Interpretationen dieser dritten Classe sind sehr unbefriedigend. Etwas von einem bonorum possessor erwähnt *Balduin.* jurisprud. Mucian. (Jurispr. Rom. et Att. T. 1. p. 472.) in den Worten: „Quidam apud Ciceronem suspicantur legendum esse, non *usuceperit*, sed *possederit:* ut hic intelligatur bonorum possessor, qui loco heredis est. . . . . . Non tam miror usucapientem, prope ut haeredem, sacris alligari: quam" etc. Das ist Alles, was er über diesen Fall sagt, und aus diesen wenigen Worten läßt sich nicht abnehmen, ob er selbst eine deutliche Vorstellung von der Sache gehabt hat. — Bei *D'Arnaud* var. conject. Lib. 2. C. 1. p. 215. 216. ist Erklärung und Emendation gleich schlecht. Er emendirt so: quae ejus fuerint, cum moriturus, ut caperet, plurimum possedit. — Görenz streicht mit mehreren älteren Kritikern das Wort possidendo, das doch ganz unentbehrlich scheint,

„(IV) Quarto, qui — si nemo sit, qui ullam rem ceperit — de creditoribus ejus plurimum servet.“

Hier soll gesorgt werden für einen Fall, worin alle bisher vorausgesetzte Bedingungen fehlen. Daß von einem Concurs die Rede ist, leuchtet auf den ersten Blick ein, und die Meisten haben gar nicht nöthig erachtet, sich bei der Stelle aufzuhalten, auch Balduin nicht, obgleich dieser die Sache etwas wunderlich findet [1]. Nämlich, wie jetzt die Stelle lautet, soll offenbar derjenige Creditor die sacra übernehmen, welcher von seiner Forderung am Meisten rettet. Dieses ist denn in der That von allen Seiten höchst bedenklich. Denn warum sollte der Creditor eine ihm fremde Last übernehmen, der durch den Verstorbenen nicht nur Nichts bekommt, sondern sogar einen Theil seines eigenen Vermögens verliert?

und zwar aus folgendem Grunde, der mir unverständlich ist: „Sed ne notiones quidem conveniunt, cum *usu ceperit*, et *possidendo* hoc in contextu plane secum pugnent.“ Selbst wenn possidere hier in dem sonst gewöhnlichen Sinn gebraucht wäre, ließe sich Dieses wohl nicht behaupten, obgleich es dann als müßig und schleppend verworfen werden müßte.

[1]) *Balduin*. l. c. p. 472. „Non tam miror usucapientem, prope ut haeredem, sacris alligari: quam (quod quarto tamen loco dixit Scaevola) creditorem quoque iis astringi, qui plurimum servavit . . . quod creditor etiam oneretur alienorum sacrorum sumptibus et impensis; hoc vero durum est.“

Sieht man besonders auf das Schicksal des Eigenthums in jener Concursmasse (und auf das Eigenthum kam doch hier Alles an), so wird die Sache noch unwahrscheinlicher. Der Concurs des alten Rechts bestand nämlich, wie bekannt, darin, daß eine Versteigerung gehalten wurde, nicht um baares Geld, sondern um Procente der Schuldforderungen: wer die höchsten Procente bot, dem wurde das Vermögen addicirt, und er galt nun als des Gemeinschuldners Erbe, es war eine wahre successio per universitatem, und zwar nicht etwa blos eine fingirte, wie die bonorum possessio, sondern eine wahre, eigentliche, gleich der hereditas, so daß dadurch unmittelbar quiritarisches Eigenthum erworben wurde [1].

[1]) Für diese Ansicht beweis't: 1) Die Natur einer im alten Recht begründeten addictio, die hier, wie Alle zugeben, statt fand, und die unsrer bonorum venditio mit der cessio in jure gemein ist (*Ulpian*. XIX. 9. 10.), weshalb jene eben so, wie diese, quiritarisch wirken muß. 2) *Varro* de re rust. II. 10. „. . . *dominium legitimum* sex fere res perficiunt; si hereditatem justam adiit .... tumve *cum in bonis* sectioneve cujus *publice venit*.“ — Diesen Gründen muß gewiß das Ansehen des Theophilus nachstehen, welcher allerdings die bonorum emtio eine blos prätorische Succession nennt, und mit der bonorum possessio zusammenstellt (*Theoph*. ad pr. I. de success. sublatis). Sein Zeugniß hat in dieser Lehre, die zu seiner Zeit längst Antiquität war, wenig Gewicht. Wie leicht konnten ihn Stellen des früheren Rechts irre leiten, wie diese: L. 4. §. 21. D. de fid. lib. „Is autem, cui bona addicta sunt, bonorum possessori adsimilari debet.“ Diese Stelle aber spricht in der That von einer ganz andern addictio, nämlich der addictio liber-

Kein Creditor also bekam irgend Etwas von des Schuldners Eigenthum, sondern jeder hatte nur seine vorige, auf Procente herabgesetzte, Forderung gegen den Käufer des Vermögens. Ferner: Was heißt *plurimum* servare unter mehreren Creditoren? Dieses kann doch nur relativ zu verstehen sein, d. h. von mehreren Procenten, die einer vor dem andern bekam. Aber gerade ein solcher Unterschied konnte nach jener Form des Concurses gar nicht statt finden. Auf der einen Seite also ist es unbegreiflich, daß im Concurs ein Creditor die sacra hätte übernehmen müssen; eben so unbegreiflich aber ist es auf der andern Seite, wenn der Käufer des Vermögens sie nicht hätte übernehmen sollen. Für dessen Ver-

tatis servandae causa, und daß es bei dieser anders war, als bei der unsrigen, hatte seinen guten Grund. Nämlich die add. lib. serv. caussa gründete sich nicht auf altes Civilrecht, sondern auf ein Rescript von Marc Aurel (tit. I. de eo cui lib.). Sie hatte also in der Art ihrer Entstehung Aehnlichkeit mit den Fideicommissen, und es war mithin natürlich, daß sie eben so, wie diese, nur indirect und nicht quiritarisch wirkte (s. v. S. 160. Note 2.). [Diese Behauptung und die darauf gegründete Emendation des Cicero muß nunmehr zurückgenommen werden wegen Gajus III. §. 80, da der bonorum emtor in der Regel blos prätorischer Successor war. Der Widerspruch mit Varro erledigt sich durch die in den Worten *publice* venit angedeutete Ausnahme. Nämlich der emtor succedirte jure civili, wenn der Verkauf vom Staat ausging, nicht von Privatpersonen. Vgl. Gajus III. 154. und §. 8. *I. de societate,* ferner Gajus IV. 35. und Gajus IV. 145. 146. Darauf deutet auch wohl das *interdum* bei Gajus III. 80. und IV. 35.]

pflichtung spricht vielmehr Alles: das strenge Recht, da er alles Eigenthum erhielt, und sogar durch Universalsuccession, gleich einem heres; die Billigkeit, da er die Kosten dieser sacra mit in Anschlag bringen konnte, wenn er die Procente berechnete, die er mit Vortheil bieten konnte. Auf diesen Käufer nun bezieht sich in der That unsre Stelle, wenn man das de wegläßt, also mit Hülfe einer sehr geringen Emendation. Die Stelle lautet dann so:

quarto, qui — si nemo sit, qui ullam rem ceperit — creditoribus ejus plurimum servet.

Wer den Creditoren am Meisten von ihren Forderungen rettet, ist ja eben der Meistbietende, also der, welchem als Käufer das Vermögen zugeschlagen wird. Man könnte einwenden, daß diese Art, den Käufer zu bezeichnen, gezwungen wäre; allein wir kennen ja so wenig von den alten Formeln, insbesondere bei dem Concurs, und wenn jener Ausdruck, wie ich glaube, mit einer solchen, uns unbekannten Formel zusammenhing, so war er gewiß jedem Römer, so wie er ihn hörte, verständlich [1]).

[1]) [Für die vierte Classe ist späterhin folgende neue Erklärung versucht worden. Wenn der Concurs bei Gelegenheit des Todes eines Schuldners ausbrach, so konnten die Pfandglaubiger ihre Faustpfänder pro herede usucapiren und sich dadurch bereichern; dann mußten sie die sacra tragen helfen, und darauf paßte der Ausdruck *servet*, weil sie eigentlich doch nur behielten, was sie schon hatten. Leist Bonorum

„(V) Extrema illa persona est, ut, si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit."

Hier wird angenommen, daß kein heres, noch bonorum possessor da ist, auch sonst Niemand Etwas aus dem Vermögen (pro suo) usucapirt hat, auch kein Concurs stattfindet; in einem solchen Fall sollen die Schuldner des Verstorbenen, weil sie von ihren Schulden frei werden, die sacra übernehmen; man betrachtet sie nämlich mit Hülfe einer Fiction so, als ob das Geld, was sie schuldig waren, jetzt aus dem erblosen Vermögen in ihr Eigenthum gekommen wäre (proinde . . . pecuniam ceperit). Diese Stelle enthält den vollständigsten Beweis, daß nach altem Recht, vor der Lex Julia [1]), das erblose Vermögen durchaus herrenlos wurde.

Possessio B. 1. Göttingen 1844. S. 50. Ich halte diese Erklärung besonders deswegen für gezwungen und unannehmbar, weil dieser Fall doch zu unerheblich und zugleich zu wenig verschieden von dem Fall der dritten Classe war, als daß daraus eine eigene Classe hätte gebildet werden mögen. — Die neueste Erklärung von Huschke nexum p. 91. geht auf den Fall eines reichen Erblosen, dessen Vermögen die Glaubiger verkaufen konnten, wobei jeder Einzelne mehr oder weniger Bereicherung erhalten mochte].

[1]) *Ulpian*. XXVIII. 7. „Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit . . . . . . populo bona deferuntur *ex lege Julia caducaria*."

Cicero bemerkt, nachdem er so angegeben hat, auf wen die sacra eines Verstorbenen fallen, daß die Juristen, die zugleich Pontifices gewesen, besonders die beiden Scävola, durch juristische Spitzfindigkeiten diese Regeln zu umgehen und die oben genannten Personen von ihrer Verpflichtung zu befreien getrachtet hätten. Das Einzelne dieser Vorwürfe hat große kritische Schwierigkeiten, im Allgemeinen ist der Sinn klar. Der erste Kunstgriff bestand darin, daß der Testator demjenigen Legatar, welchem er so Viel, als allen Erben, hinterlassen wollte, und der dadurch (in der zweiten Classe) an die sacra gebunden gewesen wäre, nur eine unbedeutende Summe weniger, als den Erben, geben sollte; im Wesentlichen war dann der Zweck der Gleichstellung doch erreicht; der Legatar übernahm aber dennoch keine sacra, weil er nicht völlig so Viel hatte, als die Erben. Dieser Rath wurde dann noch erweitert; wenn nämlich der Testator diese Vorsicht nicht gebraucht hatte, so sollte der Legatar selbst sie suppliren, indem er sein Legat nicht ganz einforderte, sondern eine Kleinigkeit davon in der Erbschaft zurückließe. — Der zweite Kunstgriff bezog sich darauf, daß der Legatar nur als solcher sacra zu übernehmen hatte. Er sollte also den Erben vom Legat frei geben, aber gleich darauf durch eine Stipulation zur Auszahlung einer eben so gro-

ßen Geldsumme, als das Legat enthielt, verpflichten. Dann bekam er dieses Geld wegen der Stipulation, nicht als Legat, folglich auch ohne sacra [1]). Dabei ist Zweierlei juristisch merkwürdig. Erstlich, daß die Befreiung durch aes et libra geschah, ohne Zweifel, weil auch die obligatio legati auf aes et libra (nämlich auf ein Testament mit Mancipation) gegründet war. Zweitens, daß es überhaupt erst noch einer besondern Befreiung bedurfte, da nach der Theorie in unsren Rechtsquellen die bloße Stipulation (als novatio) zugleich die frühere Obligation zu tilgen hinreichend scheint.

Ueberall spricht hier Cicerro nur von dem Fall, wenn durch den Tod des Verpflichteten die sacra erledigt wurden. Aber auch ohne Tod konnte eine successio per universitatem stattfinden, durch Arrogation nämlich, durch venditio bonorum im Concurs eines lebenden Schuldners u. s. w. Auch hat es die größte Wahrscheinlichkeit, daß in allen diesen Fällen die sacra von dem vorher Verpflichteten auf Den

[1]) So ist diese Stelle ausführlich und befriedigend erklärt von *Balduin.* l. c. p. 471. Ihm folgen *Trekell* de orig. testamenti-fact. p. 233. *Meerman* de rebus mancipi p. 134. — Ganz mißverstanden scheint die Stelle von Görenz, der sie so nimmt, als sollte hier der Erbe von den sacris frei werden, und zu diesem Zweck die Erbschaft erwerben, nicht als aus dem Testament, sondern als aus einer Stipulation.

übergingen, der das Vermögen per universitatem erwarb: dafür spricht sowohl die allgemeine Aehnlichkeit dieser Fälle mit der Beerbung, als die oben erwähnte Grundregel: sacra cum pecunia conjuncta sunt.

II.

Festus v. publica sacra.

Cicero erwähnt in der bisher erklärten Stelle keine anderen sacra, als die privata. Es ist nun zu untersuchen, welche andere Arten noch außer denselben vorhanden waren. Darüber äußert sich die angeführte Stelle des Festus so:

> „Publica sacra, quae publico sumptu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis. At privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt."

Zuerst von den einzelnen Fällen selbst, dann von der Classification derselben.

Montes und pagi bezeichnen alte Abtheilungen der Römischen Plebs (montani, pagani) [1]). Also

[1]) *Festus* v. septimontio. — *Varro* de lingua lat. Lib. 5. §. 3. (p. 34. ed. Gothofred. 1602). „Dies septimontium nominatus, ab heis septem montibus in queis sita urbs est. Feriae non populi, sed montanorum modo, ut Paganalibus, qui sunt alicujus pagi." [Leg. Paganalia eorum, qui sunt alicujus pagi.

sind die sacra pro montibus, pro pagis, Opfer, welche von jenen Corporationen, und für das Wohl derselben gebracht wurden, weshalb denn diese Corporationen zugleich als kirchliche Gemeinden betrachtet werden konnten. — Curia war auf ähnliche Weise ein Theil der Patriciergemeinde, der eine engere Genossenschaft bildete, und es ist bekannt, daß die Curien nicht blos die Grundlage der ältesten Römischen Staatsverfassung bildeten, sondern daß auch jede zu besonderem Cultus vereinigt war. Sacra curiarum also sind die, welche von einer einzelnen Curie, und für das Wohl derselben (*pro* curiis) veranstaltet werden. — Schwieriger ist das darauf folgende: pro sacellis. Nämlich man begreift wohl, wie in einer Kapelle Opfer gebracht werden konnten, aber daß es **für** dieselbe geschah, um ihres Wohls willen, ist sehr unwahrscheinlich. Vielleicht löſ't sich die Schwierigkeit auf folgende Weise [1]). Wenn man nach **Niebuhr's** trefflichen Gründen annimmt, daß die gentes nicht einzelne Geschlechter waren, sondern ganze Genossenschaften, **Theile der Curien**, und

Vgl. p. 1632.] — *Cicero* pro dom. C. 28. Nullum est in hac urbe collegium, *nulli pagani aut montani* (quoniam plebi quoque urbanae majores nostri conventicula et quasi consilia quaedam esse voluerunt), qui . . ."

[1]) Ich verdanke diese Erklärung der mündlichen Mittheilung meines Freundes **Niebuhr**.

den Curien gleichartig [1]), so müßte man an dieser Stelle, unmittelbar hinter den sacris der Curien, die gentilitia sacra erwarten. Und diese scheinen auch in der That mit jenem dunklen Ausdruck gemeint. Curia nämlich bezeichnet, wie bekannt, beides, die Genossenschaft und den Versammlungsort derselben. Ohne Zweifel hatte nun auch jede Gens ihren religiösen Versammlungsort; und nimmt man an, daß dieser sacellum geheißen habe, welches sogar nicht ohne ausdrückliches Zeugniß ist [2]), so könnte dieser Name, eben so, wie curia, auch auf die Genossenschaft selbst in ihrer religiösen Beziehung übergegangen sein; pro sacellis hieße dann pro gentibus, und es wären die sacra gentilitia mit diesem Ausdruck bezeichnet. Freilich kommen die sacra gentilitia am Ende der Stelle noch einmal vor; man muß also zugleich annehmen, daß dieser erste Theil unsrer Stelle (wofür ohnehin sein sehr alterthümlicher Inhalt spricht) aus einer älteren Stelle aufgenommen worden ist, ohne daß Festus selbst ihn ganz verstanden hat, welche Annahme aber durch die Analogie vieler andern Stellen des Festus sehr unterstützt wird.

[1]) Niebuhr Römische Geschichte Th. 1. S. 229 fg.

[2]) *Cicero* de harusp. responsis C. 15. „multi sunt etiam in hoc ordine, qui sacrificia *gentilitia*, illo ipso in *sacello* . . . factitarint."

Als sacra privata nennt Festus drei Arten. Die pro singulis hominibus sind bereits aus der Stelle des Cicero erläutert worden. Die pro gentibus wurden so eben für identisch erklärt mit den sacris pro sacellis. Es bleiben also nur noch die sacra pro familiis übrig. Diese aber halte ich für ganz unmöglich, so daß ihre Erwähnung nur auf einem Irrthum des Festus beruhen kann. Eigentliche sacra familiarum nämlich müßten allen Agnaten gemein gewesen seyn, ohne Rücksicht auf Erbschaft, z. B. sie müßten auch auf den enterbten Sohn übergegangen seyn, und nicht auf einen fremden (nichtverwandten) Erben. Aber wo wäre der Grund einer solchen Verpflichtung zu suchen? In dem übergegangenen Vermögen (wie bei den sacris pro singulis hominibus) könnte er nun nicht liegen, und eine öffentliche Corporation (so wie die Gens) bildete die Familie gewiß nicht. Ferner werden in keiner sicheren Stelle die sacra familiarum erwähnt; namentlich nicht in der oben erklärten Stelle des Cicero, der in seiner sehr ausführlichen Darstellung diese sacra familiarum gar nicht berührt, der vielmehr sacra privata durchaus für gleichbedeutend nimmt mit sacra pro singulis hominibus facta, also für sacra privata irgend einer andern Art (was doch die sacra familiarum nothwendig hätten seyn müssen) nicht

einmal Raum übrig läßt. Zugleich läßt sich sehr leicht zeigen, wie die irrige Annahme der sacra familiarum enstanden sein mag. Es konnten dazu Veranlassung geben sowohl die sacra singulorum hominum, als auch die sacra gentilitia. Jene — denn in den meisten Fällen sind die Verwandten zugleich die Erben, so daß dann die sacra singularum hominum ganz das Ansehen haben, als wären sie sacra familiarum. Drückt doch selbst Cicero, der doch sacra familiarum im wahren Sinn durchaus nicht kennt, sich so aus: et deinceps familiis prodantur [1]), womit er offenbar blos die Erben meint. — Aber auch die sacra gentilitia konnten das Mißverständniß veranlassen. Nach dem Umsturz der Republik nämlich war theils durch die veränderte Verfassung, theils durch das Aussterben so vieler alten Geschlechter, der eigentliche Begriff und das Recht der gentes sehr unbekannt geworden, was sich dann auch im Sprachgebrauch zeigt, so daß nun die Ausdrücke gens und familia, die z. B. Livius immer so sorgfältig unterscheidet, willkürlich verwechselt werden. Dann war es sehr natürlich, daß man die sacra gentilitia nach Gelegenheit auch sacra familiarum nannte, ohne damit etwas Anderes sagen zu wollen. Da aber doch ältere Schriftsteller gens und

[1]) s. o. S. 152. Anm. 2.

familia unterschieden, so war es wiederum natürlich, daß Festus, der die Begriffe systematisch und vollständig zusammen stellen wollte, neben den sacris singulorum hominum noch sacra familiarum und gentilitia aufführte, und dabei übersah, daß die ersten gar nicht existirten, und die zweiten unter einem andern Namen früher schon von ihm genannt waren. Die hierbei vorausgesetzte Verwechslung von gens und familia, von sacra familiarum und sacra gentilitia ist aber keineswegs nur als eine mögliche und wahrscheinliche anzusehen, sondern sie läßt sich aus unzweideutigen Stellen beweisen. So z. B. erwähnt schon der ältere Plinius sacra Serviliae familiae [1]), Macrobius sacra familiae Claudiae, Aemiliae, Juliae, Corneliae [2]), und eine alte Inschrift nennt einen Aedituus und einen Sacerdos Sergiae familiae [3]), da doch dieses alles sehr bekannte alte gentes waren, diese sacra also in der reineren Sprache älterer Schriftsteller gewiß nie anders, als gentilitia genannt sein würden.

[1]) *Plinii* hist. nat. XXXIV. 38.

[2]) *Macrobii* saturn. I. 16.

[3]) *Reinesii* inscript. Class. 5. N. 53. „Diis Manibus L. Politicieno P. Fil. Papiniano. *Aedituo Sepul. Serg. familiae* aedituavit ann. XII. vixit ann. XXVII. M. VI. L. Politicenus L. F. Philippicus *Sacerdos Serg. fam.* fratri piissimo fecit et sibi.“

Bisher ist von den einzelnen Arten der sacra bei *Festus* gesprochen worden, nun von ihrer Classification. Sacra publica kann offenbar in einem doppelten Sinn genommen werden. Erstlich in ausschließender Beziehung auf den *ganzen* populus. Dann gehört dahin lediglich der allererste Fall bei *Festus*, d. h. der Fall, welcher in einer andern Stelle desselben Schriftstellers durch den Ausdruck *popularia* sacra bezeichnet wird [1]). In diesem engeren Sinn kommt das Wort unter Andern bei Livius vor, da denn die sacra gentilitia mit Recht den publicis entgegen gesetzt werden [2]). Zweitens kann man den Ausdruck in einem weiteren Sinn nehmen, so daß er sich nicht blos auf den ganzen populus, sondern auch auf dessen Theile (montes, pagi, curiae, gentes) bezieht. So nimmt ihn hier offenbar unsere Stelle des Festus, und dann kann als Gegensatz dieser sacra publica nichts Anders gedacht werden, als

[1]) *Festus* v. popularia: „Popularia sacra sunt, ut ait Labeo, quae omnes cives faciunt, nec certis familiis attributa sunt.“ Von den sacris gentilitiis wie von den sacris curiarum konnte man richtig sagen, daß sie certis familiis attributa seyen, da jede Curie und jede Gens aus einer geschlossenen Anzahl von Familien bestand, und nicht so, wie der populus, einer willkürlichen Erweiterung fähig war.

[2]) *Livius* V. 52. „An *gentilitia* sacra ne in bello quidem intermitti, *publica* sacra et Romanos Deos etiam in pace deseri placet?“

allein die sacra singulorum hominum, so daß es dann ganz inconsequent ist, den sacris privatis die gentilitia beizugesellen. Dieser zweite Sprachgebrauch ist aber auch unleugbar der des Cicero, indem dieser, wie schon bemerkt, in der ganzen oben erklärten Stelle die sacra privata durchaus gleichbedeutend nimmt mit sacra singulorum hominum, und auf die gentilitia nicht auf die entfernteste Weise als unter denselben Begriff gehörig hindeutet.

III.

Senes ad coemtiones faciendas reperti.

(Cicero pro Muraena C. 12.)

In der Rede pro Muraena mißhandelt Cicero die Juristen bald mit Spott, bald mit ernsthaften Vorwürfen. Untern andern stellt er folgende drei Erfindungen zusammen, wodurch sie das Recht verdorben haben sollen:

„Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt: *horum ingenio senes ad coemtiones faciendus, interimendorum sacrorum causa,*

reperti sunt. In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt: ut, quia in alicujus libris, exempli causa, id nomen invenerant, putarunt, omnes mulieres, quae coemtionem facerent, Cajas vocari."

Zu unsrer Untersuchung gehört allein der zweite unter diesen drei Vorwürfen, und eben dieser ist von jeher ein Lieblingsgegenstand antiquarischer Forschungen gewesen. Zuvörderst muß aber vor dem Grundirrthum vieler Erklärer gewarnt werden, welche unsere senes für gleichbedeutend halten mit den senes coemtionales, die bei Plautus, in einem Briefe des Curius an Cicero, und vielleicht auch bei Livius vorkommen; denn Gronovius hat mit entscheidenden Gründen dargethan, daß diese senes coemtionales weder mit unsren senes, noch mit irgend einem juristischen Ritus Etwas gemein haben, sondern daß es alte, unbrauchbare Sclaven waren, die man ihres geringen Werthes wegen nicht einzeln, sondern als Zugabe oder in größerer Anzahl zu verkaufen pflegte [1]).

Für unsere Stelle nun finde ich vier wesentlich von einander abweichende Erklärungen. Die erste und häufigste nimmt an, daß der Erbe, um sich von den ererbten sacris zu befreien, die Erbschaft an

[1]) *Gronovius* de sestertiis IV. 8. sq.

einen Greis scheinbar verkauft, und von diesem ohne sacra zurück empfangen habe [1]). Darin kommen die Vertheidiger dieser Meinung überein; im Uebrigen weichen sie sehr von einander ab. Einige nämlich erklären Alles von einem gewöhnlichen (obgleich simulirten) Kauf, die meisten von einer Mancipation. Einige nehmen an, die sacra seien sogleich ganz untergegangen, andere, sie seyen bei dem Käufer zurück geblieben. Einige behaupten einen Verkauf vor angetretener Erbschaft, die meisten erst später. Einige gehen noch weiter, indem sie hinzufügen, nicht blos ein Erbe mit der Erbschaft, sondern Jeder überhaupt mit seinem Vermögen, habe dieses vortheilhafte Geschäft schließen können [2]), und diese Erweiterung ist in der That ganz consequent.

Allein in jeder Gestalt ist diese Meinung unhaltbar. Ein gewöhnlicher Verkauf der Erbschaft, wie wir ihn ja auch aus unsern Rechtsquellen kennen, änderte in den Rechtsverhältnissen des Erben gar

[1]) *Alciati* parerga IX. 19. *Manutius* ad Ciceronem pro Muraena C. 12. *Gronov.* de sestertiis IV. 7. *D'Arnaud* var. conject. II. 1. *Trekell* de orig. testamentifact. p. 233—236. *Meerman* de rebus mancipi p. 136. 189. *Bach* ad Brissonium de formulis p. 119. ed. 1754. fol. — Eine sehr vollständige Relation über die verschiedenen Erklärungen überhaupt findet sich bei Grupen, uxor Rom. p. 245—261, welcher aber selbst die Sache für ganz unerklärlich hält.

[2]) *D'Arnaud* l. c. *Bach* l. c.

Nichts, indem dieser fortwährend heres hieß und blieb. Es müßte auf jeden Fall eine Mancipation angenommen werden. Diese aber soll nun entweder bezogen werden auf die einzelnen Sachen in der Erbschaft, oder auf das jus heredis, die universitas. Im ersten Fall läßt sich nicht einsehen, wie durch einzelne Veräußerungen der Erbe, der ja doch immer Erbe blieb, die sacra von sich ablösen konnte, die einmal durch die Erbschaft auf ihn gekommen waren; eben so wenig, als sich glauben läßt, daß irgend Jemand (auch der nicht durch Erbschaft sacra überkommen hatte) durch Verschwendung von seinen sacris befreit worden wäre. Im zweiten Fall, nämlich unter Voraussetzung einer Mancipation der gesammten Erbschaft, wäre Uebergang der sacra auf den Käufer an sich allerdings wahrscheinlich (S. 172.); aber wie war eine solche Mancipation selbst möglich? Die Mancipation, wie wir sie aus Ulpian kennen, wurde lediglich bei dem Eigenthum einzelner Sachen gebraucht; ihre imaginäre Anwendung bei Testamenten war nur durch das Bedürfniß einer Form für diese veranlaßt, und es läßt sich nicht denken, daß die Juristen sie auf eine universitas willkürlich und zu einem zweideutigen Zweck hätten anwenden können. Ja es ist überhaupt den juristischen Begriffen der Römer ganz entgegen, daß

eine successio per universitatem durch Privatwillkür hätte bewirkt werden und ein Gegenstand des freien Verkehrs seyn sollen. Diese Gegengründe werden auch sehr verstärkt durch Das, was Ulpian über die cessio in jure einer Erbschaft sagt [1]). Diese geschah nämlich entweder vor der Antretung oder nachher. Im zweiten Fall behielt der erste Erbe sogar die Schulden des Verstorbenen, gewiß also auch die sacra. Im ersten Fall freilich sollte die Erbschaft ipso jure übergehen; aber diese Wirkung wird auch von Ulpian ausdrücklich nur der cessio in jure zugeschrieben, nicht der Mancipation, welche doch eben in unsrer Stelle durch die coemtiones bezeichnet seyn soll.

Die zweite Erklärung ist diese. Der Testator soll für die Befreiung seines künftigen Erben dadurch haben sorgen können, daß er dem familiae emtor auftrug, die Erbschaft nicht so, wie gewöhnlich, als Erbschaft, sondern als ein bloßes Aggregat einzelner Gegenstände zu restituiren. Nun war Der, dem so der Nachlaß restituirt wurde, nicht Erbe, übernahm also auch keine sacra [2]). Allein es ist

[1]) *Ulpian*. XIX. 12— 15.

[2]) *Balduin*. l. c. p. 471. (Jurispr. Rom. et Att. T. 1). *Gutherius* de jure pontif. II. 6. *Conradi* parerga II. 1. *Luzac* observ. apologet. pro Ictis Rom. Lugd. Bat. 1768. 4. p. 30. —

im höchsten Grad unwahrscheinlich, daß die Rechtsverhältnisse der Erbfolge mit solcher Willkür hätten behandelt werden dürfen: eben so ist es ganz gegen die Natur des familiae emtor, den wir nach sicheren Quellen nur als eine symbolische Person kennen, daß demselben hätten wirkliche Rechte, und zwar so wichtige Rechte hätten eingeräumt werden können.

Die dritte Erklärung bezieht unsere Stelle auf den Creditor, der nach der gewöhnlichen Meinung im Fall eines Concurses die sacra übernehmen sollte (S. 166.). Dieser, sagt man, verkaufte nun seine Forderung an einen Andern, und ließ sich von diesem blos das eingetriebene Geld abliefern. Dann war dieser Andere an seiner Stelle Creditor geworden, also auch in seine sacra eingetreten [1]). Aber erstlich ist oben (S. 168.) gezeigt worden, daß überhaupt kein Creditor die sacra übernehmen mußte. Hätte aber zweitens der Creditor die Last der sacra in der That getragen, so würde der Verkauf der Forderung ihn nicht haben befreien können, da bekanntlich dieser Verkauf die Obligation nicht ihrer

Balduin hat diese Meinung nur sehr kurz angedeutet, Conradi hat sie weiter ausgebildet.

[1]) Zenobii *Perellii* animadv. in or. M. Tullii Cic. pro L. Muraena, in: Nuova raccolta d'opuscoli scientifici (von Calogierà) T. I. Venezia 1755. 12. p. 449—494; hierher gehört nur p. 480—484.

Substanz nach überträgt, sondern nur das Recht einer Ausübung in fremdem Namen verschafft.

Was den senex betrifft, so erklären ihn die Meisten auf eine ganz begreifliche Weise. Derjenige, sagen sie, mit welchem man dieses Geschäft einging, behielt die sacra zurück, und es mußte ihm daher das dazu erforderliche Geld von Zeit zu Zeit ausgezahlt werden; war er nun aber alt, so hörte diese Last früher auf; und deswegen eben wählte man alte Leute. Nur Gronovius ist damit nicht zufrieden, vielmehr erklärt er den senex aus dem Ernst und der Würde des Alters, die man dabei gesucht habe [1].

Diesen drei Erklärungen stehen nun aber auch noch einige gemeinschaftliche Gegengründe im Wege. Sie alle beziehen den Vorwurf in unsrer Stelle auf den Fall einer Erbschaft; wäre diese Beziehung richtig, so würde ohne Zweifel Cicero in der Stelle de legibus, wo er so vollständig von der ganzen Sache handelt, und den Juristen so schwere Vorwürfe macht, auch unsren Fall nicht übergangen haben; er spricht aber davon an jener Stelle gar nicht. Ferner erklären sie den Ausdruck coemtio entweder durch eigentlichen Kauf, oder noch häufiger durch Mancipation. Nun könnte zwar allerdings das Wort

[1]) *Gronov.* l. c. p. 306.

diese Bedeutungen haben, allein sie kommen nirgends vor, und es läßt sich sogar ein Grund angeben, warum man sie absichtlich vermeiden mochte: nämlich weil das Wort schon eine andere Bedeutung hatte, mit welcher man die Verwechslung verhüten wollte. Aber eben dieser letzte Umstand führt zugleich auf eine neue Art der Erklärung. Coemtio heißt sonst immer eine der Handlungen, wodurch eine Ehefrau in die väterliche Gewalt ihres Mannes eintritt (conventio in manum), warum sollte es nicht auch hier diese Bedeutung haben? Noch mehr: coemtionem facere kommt außer unsrer Stelle nur noch zweimal vor, nämlich gleich einige Zeilen nach derselben (S. 181.) und in einer andern Schrift des Cicero [1]. In beiden Stellen bedeutet es ganz sicher Dasjenige, was bei jener Art der Ehe von der Frau geschieht; und nun ist es doch gewiß natürlicher, anzunehmen, daß es auch hier Dasselbe bezeichnet, als daß Cicero einen so seltenen Ausdruck innerhalb weniger Zeilen in zwei ganz verschiedenen Bedeutungen gebraucht haben sollte. Geht aber unsre Stelle in der That auf Ehe, so ist es nun sehr einleuchtend, daß der

[1]) *Cicero* de oratore I. 56. „Nam neque illud est mirandum, qui, quibus verbis coemtio fiat, nesciat, eundem *ejus mulieris, quae coemtionem fecerit,* causam posse defendere." [Eben so aber auch nunmehr bei Gajus I. §. 114. 115. 195.]

in ihr enthaltene Vorwurf in der Stelle de legibus, wo nur von Erbschaften die Rede ist, nicht vorkommen konnte. Ein wichtiger Grund für diese Ansicht liegt auch noch darin: Unsere ganze Stelle (S. 180.) enthält drei Vorwürfe: der erste und dritte beziehen sich nun aber offenbar auf das Recht der Frauen; wie viel natürlicher ist es also, auch den zweiten vielmehr auf denselben Gegenstand, als auf das damit gar nicht zusammenhängende Erbrecht zu beziehen! Der Zusammenhang in der Rede des Cicero wird dadurch gewiß viel einfacher und natürlicher.

Die vierte unter den oben erwähnten Erklärungen geht auch wirklich davon aus, daß hier von der Ehe die Rede sei, jedoch ohne diese Gründe anzugeben, und blos durch die gewöhnliche Wortbedeutung von coemtio dazu veranlaßt. Alles kommt aber darauf an, zu zeigen, wie die Ehe hier als Zerstörungsmittel der sacra gedacht werden müsse, und hierin sind die bisherigen Versuche so unglücklich ausgefallen, daß diese ganze Art der Erklärung darum von den Meisten entweder übersehen, oder mit Geringschätzung behandelt worden ist. Rävardus nämlich versteht die Stelle so, als hätten die Juristen durch Erfindung der Coemtion die Confarreation verdrängt; sacra also erklärt er durch Confarreation, weil diese die religiöse Art und Form der

Ehe gewesen sey. Jenes aber seien zu allen Mancipationen gebraucht worden; zu welchem Zweck, fügt er nicht hinzu [1]). Das Gezwungene dieser Erklärung leuchtet Jedem von selbst ein. Noch wunderlicher ist die Erklärung des Hotomanus [2]). Nach ihm pflegten kinderlose Greise, die ihre sacra wollten untergehen lassen, mit coemtio zu heurathen. Die Folge davon war, daß nach des Mannes Tode die Frau als Tochter die Erbschaft und zugleich die sacra bekam. Wenn nun diese Frau wieder heurathete, so wurden dadurch ihre sacra, also mittelbar die des vorigen Mannes, zerstört. Aber warum sollten die sacra durch die Ehe zerstört werden? Was wäre hierin von den Juristen erfunden gewesen? Und warum bedurfte es, um diesen Zusammenhang hervorzubringen, einer coemtio? Gingen nämlich so die sacra unter, und hatte der Alte bei seiner Ehe diese Absicht, so konnte er sie einfacher erreichen, indem er die Frau ohne Ehe zur Erbin einsetzte; alle übrigen Folgen wären dann genau dieselben geblieben. Erträglicher ist die Meinung des Manutius [3]). Jede Coemtion, sagt er, mußte die

[1]) *Raevardus* ad Leg. XII. Tab. C. 21.

[2]) *Hotomani* antiquit. Romanae Lib. 2. init. (Opp. T. 3. p. 383).

[3]) *Manutius* ad Cic. ep. fam. VII. 29. Ihm stimmt bei *Gutherius* de jur. pontif. II. 6.

sacra der Frau zerstören, weil diese in fremde Gewalt kam; die senes aber sind die Tutoren der Frau, durch deren auctoritas die Coemtion erst möglich wurde. Selbst abgesehen aber von dieser erzwungenen Erklärung der senes, läßt sich gar nicht einsehen, warum die Coemtion die sacra zerstören, und nicht vielmehr auf Den übertragen sollte, der das Vermögen bekam, den Mann nämlich? Ferner, wenn dieses die natürliche Folge aller Coemtion war, so mußte sie es ja von jeher gewesen sein, und es lag darin Nichts, was als tadelnswerthe Erfindung der Juristen betrachtet, und Nichts, was einer neueren, verdorbenen Zeit zugeschrieben werden konnte, wie dieses doch offenbar der Sinn unsrer Stelle ist. — Vielleicht wird durch folgende Erklärung die Stelle verständlich.

Eine reiche Erbin, die mit der väterlichen Erbschaft zugleich sacra überkommen hatte, wollte sich von diesen befreien. Dazu schloß sie zum Schein mit einem alten Mann eine Ehe durch Coemtion. Die Folge war, daß das ganze Vermögen wie durch Beerbung auf diesen Mann überging [1]) und also mit dem Vermögen zugleich auch die sacra (S. 172.).

[1]) *Cicero* top. §. 4. „Cum mulier viro in manum convenit, *omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt* dotis nomine." Die Ehe wirkte hier genau wie bei Männern die Arrogation.

Gleich nachher trennte sich der Mann wieder (durch remancipatio) und gab nun im Einzelnen das Vermögen zurück, wodurch sich denn der Zustand der sacra natürlich nicht abermals änderte. Zu dieser Rückgabe konnte der Mann der Vorsicht wegen im Voraus verpflichtet seyn durch Stipulationen, welche von Verwandten oder Freunden der Frau mit ihm geschlossen werden mochten; sie selbst konnte sie nicht schließen, weil ihr Recht gegen ihn durch die Coemtion doch wieder untergegangen wäre. Der Alte behielt die sacra, so lange er lebte, und erhielt dafür ohne Zweifel gute Belohnung; man wählte aber gewiß einen Armen, welcher erblos sterben konnte, so daß durch seinen Tod die sacra für immer untergingen. Daß man gerade die Form der Ehe dazu wählte, kam daher, weil auf keinem andern Wege eine unabhängige Frau in väterliche Gewalt kommen konnte; die Arrogation nämlich war damals und noch lange nachher für Frauen unmöglich [1]). Daß kein ähnlicher Mißbrauch in Hinsicht auf Männer bei der Arrogation erwähnt wird, ist gleichfalls zu erklären. Die Arrogation war ja nicht möglich ohne Erlaubniß der Pontifices, und diese mußten ihre Zustimmung in solchen Fällen gewiß versagen. Ferner

[1]) *Ulpian.* VIII. 5. „Per populum vero Romanum feminae ... non adrogantur."

konnte ein Mann Bedenken tragen, durch diese Handlung für sich und seine Nachkommen den alten Geschlechtsnamen aufzuopfern. Endlich konnten die sacra bei Frauen besonders lästig scheinen, weil sie von ihnen durch Ehe (nämlich durch die wahre, ernstlich gemeinte) auf ihre Erben und Nachkommen, also gewöhnlich doch in das Haus des Mannes gebracht wurden, und so die sacra verdoppelten, die der Mann etwa schon vorher hatte. Daß Greise zu dieser Ceremonie gebraucht wurden, kann allerdings seinen Grund nach der Meinung der Meisten (S. 186.) in den geringeren Kosten haben. Es kann aber auch der Mann nach der Remancipation Patronatsrechte über die Frau behalten haben, die dann bei einem Greise früher aufhörten. Doch ist mir folgender Grund noch wahrscheinlicher. Wir finden im alten Recht überall das Bestreben, den Sinn der juristischen Handlungen symbolisch auszudrücken. So wurde bei der Mancipation ein Stück rohes Kupfer, rauduscülum, gebraucht (späterhin ein Sestertius), also etwas ganz Werthloses, anzudeuten, daß es kein wahrer, sondern nur ein imaginärer Kauf sei; und gewiß hat man niemals aus Ostentation, auch bei den wichtigsten Mancipationen, Goldstücke an die Stelle gesetzt. Wie dort der Kauf, so ist in unsrer Handlung die Ehe nicht ernstlich, sondern nur imaginär,

und dieses wird dort durch das raudusculum, hier durch den senex ausgedrückt, der als Symbol eines Mannes, wie das raudusculum als Symbol des Geldes, anzusehen ist.

Die Erklärung scheint mir besonders darum der Stelle angemessen, weil nun allerdings den Juristen eine Erfindung zugeschrieben werden kann; denn auf diese Anwendung der Ehe fiel gewiß nicht Jeder von selbst. Zugleich ist es aber eine Erfindung, die nicht außer den Gränzen ihrer Befugniß lag, indem sie nur eine längst bekannte Rechtsform auf diesen Zweck anwendeten; wollte man dagegen mit Anderen (S. 183.) an die Mancipation der universitas denken, so müßte man gegen alle Analogie annehmen, daß die Juristen diese Rechtsform (nämlich die Mancipation in dieser Ausdehnung) selbst erst erfunden und eingeführt hätten [1]).

[1]) [Eine wichtige Bestätigung dieser Erklärung liegt nunmehr in einer Stelle des Gajus (I. §. 114. 115.), nach welcher die coemtio nicht blos matrimonii causa cum marito (d. h. als eine Rechtsform für die wahre Ehe), sondern auch fiduciae causa cum extraneo (d. h. als bloße Scheinehe zu einem fremdartigen, rein juristischen Zweck) angewendet werden konnte. Von dieser zweiten Art giebt er zwei Beispiele an: zur Aenderung der Geschlechtstitel, und ehemals zum Zweck der Testamentsfähigkeit. In die Reihe dieser Beispiele gehört nun auch der von Cicero erwähnte Fall der Senes sacrorum causa. Daß diesen Fall Gajus nicht auch anführte, erklärt sich leicht aus dem zu seiner Zeit weit fortgeschrittenen Verfall der alten Religion.]

Bei dieser ganzen Erklärung also wird angenommen, daß in unsrer Stelle sacra privata, nicht gentilitia gemeint sind, und diese Annahme ist wohl höchst wahrscheinlich. Hält man nämlich die gentilitia sacra für publica (S. 179.), so möchten überhaupt schwerlich Frauen daran Theil genommen haben. Hätten sie aber auch Theil daran genommen, so läßt es sich doch nicht denken, daß man, um sie davon zu befreien, so viele Anstalten gemacht haben sollte. Denn diese Last wäre ja auf jeden Fall mit dem Leben der Frau zu Ende gewesen, da die gens der Mutter nicht auf ihre Kinder überging. Ganz anders bei den sacris privatis einer Frau, die ja für immer mit dem Vermögen forterben sollten, bei welchen also ein ganz anderes Interesse statt fand, eine künstliche Befreiung zu erdenken.

IV.

Sacra gentilitia. Detestatio, alienatio sacrorum. Manumissio sacrorum causa.

Für die sacra gentilitia ist es leicht zu bestimmen, wie man zu denselben verpflichtet und von ihnen befreit wurde. Nämlich der Eintritt in die Gens selbst und der Austritt aus derselben begründeten

und zerstörten zugleich diese Verpflichtung. So wie also Geburt, Adoption und Arrogation an die Gens und an die sacra derselben banden, so befreiten davon datio in adoptionem und Arrogation, da mit beiden das vorige nomen, als der Grundcharakter der Gens [1], verloren ging. Aber auch Emancipation befreite, indem der Emancipirte, ohne das nomen zu verlieren, durch seine capitis deminutio aus der Gens trat [2]).

Hierauf allein dürfen auch die bekannten Redensarten bezogen werden: in sacris constitutus, in sacra alicujus transire u. s. w., welche Ausdrücke bekanntlich die Fortdauer oder die juristische Auflösung der väterlichen Gewalt bezeichnen [3]). Ich sage, sie müssen hierauf bezogen werden, nicht auf die sacra privata, da diese letzten, nach der oben erklärten Stelle des Cicero, lediglich an das Vermögen geknüpft, also von der väterlichen Gewalt ganz unabhängig waren, so daß der emancipirte Sohn, wenn er Erbe war, die sacra übernehmen mußte, der enterbte suus aber frei davon blieb. Jene Ausdrücke

[1]) *Cicero* top. §. 6. „Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt."

[2]) *Cicero* l. c. „Gentiles sunt .... qui capite non sunt deminuti."

[3]) *Brissonius* v. sacra.

also sind ohne Zweifel zu einer Zeit entstanden, wo die Verbindung der Gentes in Rom noch allgemein, wenigstens vorherrschend war. Sie haben sich aber nachher als selbstständige Kunstausdrücke erhalten, und sind nunmehr auch auf Personen angewendet worden, die in keiner Gens standen, und selbst in Zeiten, in welchen die Gentes, ihre Rechte und ihre sacra längst aufgehört hatten [1]).

Hierauf beziehe ich denn auch die detestatio sacrorum. Diese findet sich überhaupt nur in zwei Stellen des Gellius, woraus nur erhellt, daß sie in den Comitien der Curien geschah, und daß ein Jurist darüber ein Werk in mehreren Büchern geschrieben hatte, worin unter Anderm eine Etymologie von testamentum vorkam [2]). Die Meisten verstehen unter dieser detestatio die feierliche Lossprechung eines Verpflichteten von den sacris durch die Comitien.

[1]) Diese Ausdrücke finden sich nämlich noch spät in Constitutionen des Codex, und doch sagt schon Gajus: „gentilitium jus in desuetudinem abiisse." Coll. Leg. Mos. et Rom. XVI. 2. [*Gajus* III. 17].

[2]) *Gellius* XV. 27. „iisdem comitiis, quae calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant." Darüber, daß hier *curiata* comitia gemeint sind, vgl. Niebuhr Röm. Geschichte Th. I. S. 234. 235. — *Gellius* VI. 12. „Servius Sulpicius Jc., vir aetatis suae doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo, qua ratione adductus testamentum verbum esse duplex scripserit, non reperio. Nam compositum esse dixit a mentis contestatione."

Aber daß eine solche Handlung jemals vorgekommen wäre, wissen wir nicht; wir müssen sie selbst also erst willkürlich annehmen, um jenen Ausdruck darauf beziehen zu können. — Schwarz behauptet, eine Sache habe den Göttern nicht anders geweiht werden können, als in den Comitien; diese Weihung sei unsere detestatio [1]). Allein nach vielen und sehr bekannten Stellen geschah die Weihung nicht in den Comitien, sondern lediglich durch die Pontifices. — Ohne Zweifel ist immer die Hauptbedeutung von detestari etwas von sich abweisen, und zwar auf förmliche, nachdrückliche Art. Da nun, wie oben erinnert worden, in so vielen andern Fällen sacra für gens steht, so könnte dieses auch hier der Fall sein. Dann hieße detestatio sacrorum ein feierliches Lossagen von der gens. Ein solches Lossagen aber fand bekanntlich statt bei der Arrogation, also wäre es eine und dieselbe Handlung, die von Seiten des Vaters arrogatio, von Seiten des Sohnes detestatio sacrorum genannt würde. Dazu passen auch, noch außer dieser befriedigenden Worterklärung, zwei andere Umstände sehr gut. Erstlich, daß die detestatio in der Versammlung der Curien

[1]) *Schwarz* de sacrorum detestatione. Altorf. 1726. 4, und in: dissert. selectae. Erlang. 1778. 8. p. 309. sq. Dagegen vgl. *Trekell* de orig. testamentifact. p. 36.

geschah, welches wir von der Arrogation ohnehin bestimmt wissen [1]. Zweitens, daß ein Jurist dazu kommen konnte, über diese Handlung ein ausführliches Werk zu schreiben. So erklärt, scheint unsere detestatio völlig gleichbedeutend mit der alienatio sacrorum, die einmal von Cicero als eine feierliche juristische Handlung genannt wird, aber ohne alle Erklärung [2].

Dagegen die manumissio sacrorum causa kann wohl auf keine Weise dahin gehören [3], eben so wenig aber auch zu den von Cicero angeführten Arten, die sacra privata zu zerstören, worauf sie Scaliger bezogen hat [4]. Nach den klaren Worten des Festus war es eine eigentliche Sklavenmanumission, und es muß also wohl angenommen werden, daß zu gewissen Arten des Cultus gerade Frei-

[1]) *Gellius* V. 19. *Taciti* hist. I. 15. *Sueton.* August. C. 65. *Cicero* pro domo C. 15.

[2]) *Ciceronis* Orator C. 42. „An, quibus verbis sacrorum alienatio fiat, docere honestum est, ut est: quibus ipsa sacra retineri defendique possint, non honestum est?“

[3]) *Festus* v. manumitti. „Manumitti dicebatur servus sacrorum causa cum dominus tenens modo caput, modo membrum aliud ejusdem servi, ita edicit . . .“ Diese Stelle ist freilich zum Theil restituirt. — *Festus* v. puri „Puri, probi, profani, sui auri dicitur in manumissione sacrorum causa, ex quibus puri significat, quod in usu spurco non fuerit.“

[4]) *Scaliger* ad Festum v. puri.

gelassene nöthig waren, und zwar solche, die man auf diese bestimmte feierliche Weise freigelassen hatte.

V.

Gemeinschaft der sacra in der Ehe.

Bei der Ehe wird als etwas Wesentliches, zu ihrem Begriff Gehöriges, die Gemeinschaft des Cultus bemerkt, und zwar nicht etwa bei der conventio in manum, sondern bei der Ehe überhaupt [1]). Diese Gemeinschaft ist wohl auf die sacra privata zu beziehen, und zwar nicht so, als ob eine dauernde Verpflichtung dadurch auf den Ehegatten übergegangen wäre (sonst hätte wohl Cicero auch die Ehe unter den Mitteln, die sacra zu perpetuiren, genannt), sondern so, daß während der Ehe alle sacra des Mannes zugleich als Verpflichtung der Frau betrachtet wurden, und umgekehrt. Auf die sacra gentilitia indessen kann diese Gemeinschaft nicht bezogen werden, wenn, wie oben (S. 194.) bemerkt worden, die Frauen derselben überhaupt nicht fähig waren.

[1]) L. 1. D. de rit. nupt. (23. 2.) „Nuptiae sunt . . . divini et humani juris communicatio.“ L. 4. C. de crim. expil. hered. (9. 32.) „Adversus uxorem quae socia rei humanae atque divinae domus (leg. *domum*) suscipitur . .“

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung. 1849.

Bald nach dem Abdruck der vorstehenden Abhandlung erschien eine bedeutende Recension derselben [1]), worüber nun, nach sehr vielen Jahren, Nachricht zu geben ist. Diese läßt den größten Theil der Abhandlung, insbesondere die Untersuchung der privatrechtlichen Verhältnisse, fast unberührt, prüft und beurtheilt aber sehr genau und ausführlich den zweiten Abschnitt (S. 173.), welcher sich auf die Stelle des Festus bezieht. Es wird darin Widerspruch erhoben [2]) gegen folgende, — von mir aufgestellte Behauptungen:

[1]) Heidelbergische Jahrbücher 1817. B. 2. S. 1145—1152 und S. 1233—1242, ohne Zweifel von Creuzer. Damit noch zu verbinden die Creuzer'sche Ausgabe von Cicero de legibus Francof. 1824 p. 306—319, in deren Anmerkungen u. a. auch briefliche Aeußerungen von mir angeführt werden.

[2]) S. 1150 fg. der Recension.

1. Gegen die Behauptung, daß die Stelle des Festus, so wie wir sie vor uns haben, auf der irrigen Verbindung von zwei verschiedenen, älteren Zeugnissen zu einem scheinbaren Ganzen beruhe.

2. Gegen die Beziehung der sacra pro *sacellis* auf sacra gentilitia, indem für die sacella vielmehr eine andere Erklärung aufgestellt wird.

3. Gegen die Beziehung der sacra gentilitia unter die publica sacra.

4. Ganz vorzüglich gegen die von mir ausgesprochene Verneinung des Daseyns von sacra familiarum, verschieden von den sacra gentilitia. Dieser Punkt vorzüglich wird mit Scharfsinn und Gelehrsamkeit durchgeführt, und es werden dabei nicht blos einzelne Zeugnisse aus dem Römischen Alterthum geltend gemacht, sondern vorzüglich Analogieen Griechischer Einrichtungen. Ein Hauptgrund für die von mir ausgesprochene Verneinung lag darin, daß Cicero die sacra familiarum nicht nennt, ja daß in dem von ihm aufgestellten zusammenhängenden System kaum ein Platz dafür übrig zu seyn scheint. Diesen Grund sucht die Recension auf folgende, allerdings sehr beachtenswerthe Weise zu ent=

hüften [1]). Cicero will in der von mir behandelten Stelle nicht ein erschöpfendes System des Opferwesens aufstellen, sondern blos die Stücke hervor heben, worauf sich Institute des Privatrechts, zur Deckung der mit den Opfern verbundenen Kosten, beziehen. Diese absichtliche Beschränkung steht ganz im Zusammenhang mit den von ihm geführten Klagen über die von den Juristen im geistlichen Recht verschuldeten Corruptionen. Davon konnte natürlich nur die Rede seyn bei den mit dem Opferwesen verbundenen Rechtsinstituten. Gesetzt nun, bei den sacra familiarum war, eben so wie bei den sacra gentilitia, die rein religiöse Seite die Hauptsache, so daß dabei privatrechtliche Institute für die Bestreitung der Ausgaben nicht nöthig gefunden wurden, so hatte in jener Stelle Cicero überhaupt keine Veranlassung, die sacra familiarum zu erwähnen, bei welchen die Juristen keine Gelegenheit gefunden hatten, Etwas zu verderben.

Diese Bemerkung ist denn allerdings von großer Erheblichkeit, und sie gewinnt noch dadurch an Kraft, daß durch sie das Bedürfniß verschwindet, die Stelle

1) S. 1240 der Rec.

des Festus, durch Zerlegung in verschiedene ursprüngliche Bestandtheile, als ein unhaltbares Ganze darzustellen.

Zur Unterstützung dieser Ansicht nun ist neuerlich noch eine Vermuthung aufgestellt worden, die gewissermaßen einen vermittelnden Charakter an sich trägt, und durch innere Wahrscheinlichkeit sich empfiehlt [1]. Es ist möglich, daß es ursprünglich nur sacra gentilitia gab, keine sacra familiarum, indem innerhalb der patricischen gentes kaum ein Bedürfniß für die einzelnen, darin vereinigten Familien angenommen werden konnte, noch besondere sacra familiarum, außer und neben ihren gemeinsamen sacra gentilitia, einzurichten. Als aber der Plebejerstand sich erhob, und in ihm immer mehr angesehene, mächtige Familien erwuchsen, da mögen diese, durch religiöses Bedürfniß, wie durch ihr Standesgefühl, bewogen worden seyn, sacra familiarum zu feiern, ähnlich den sacra gentilitia, die von alter Zeit her in den patricischen gentes gefeiert wurden.

Endlich ist neuerlich die Widerlegung meiner Ansicht über die sacra gentilitia noch durch folgende Behauptung unterstützt worden [2]. Publica sacra

[1]) Leist Bonorum Possessio. B. 1. Göttingen 1844 S. 11—13.

[2]) Mommsen de collegiis et sodaliciis Romanorum. Kiliae 1843. p. 14.

seyen die, welche für das ganze Volk gefeiert wurden: sey es, daß es für das Volk ohne Rücksicht auf dessen Abtheilungen geschah, oder für die einzelnen Theile desselben, jedoch gleichzeitig für alle. Gesetzt also auch, die gentes wären wirklich Theile des populus gewesen (welches dahin gestellt bleibt), so würden dennoch die gentilicia sacra nicht publica seyn können, da keine Nachricht dahin laute, daß an einem und demselben Tage für alle gentes Opfer gebracht worden wären.

IX.

Ueber den Literalcontract der Römer.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde vorgelesen in der Berliner Akademie am 14. November 1816, abgedruckt in den Abhandlungen 1816. 1817. Berlin 1819, S. 289—306 der historisch-philologischen Klasse; hier aber mit einem Zusatz, geschrieben im Julius 1818, und gegründet auf die in der Zwischenzeit entdeckten Institutionen des Gajus, die mir damals in der Handschrift zugänglich waren.

Die gegenwärtige zweite Ausgabe hat zunächst einige kleine, durch Klammer bezeichnete, Zusätze zur ersten hinzugefügt, dann aber am Schluß einen zusammenhängenden Nachtrag aus gegenwärtiger Zeit (1849) folgen lassen.

Es sei mir erlaubt, für die folgende Untersuchung den Grund zu legen durch einige allgemeinere Erörterungen über die Natur der Verträge, als des häufigsten und wichtigsten Entstehungsgrundes aller Obligationen.

Das Wesen der Verträge besteht in einem übereinstimmenden Wollen, dessen Uebereinstimmung gegenseitig zum Bewußtsein gekommen ist. Bei jedem Vertrage ist daher zweierlei zu beachten: das Wollen selbst, und das Zeichen, wodurch sich dieses Wollen offenbart. Dieses Zeichen, welches meist in Wort oder Schrift besteht, kann aber nicht blos für die Entstehung des Vertrags von Wichtigkeit sein, sondern auch für die Erhaltung seines Andenkens, d. h. als Beweismittel für den Fall, wenn das Daseyn desselben bestritten wird. In beiden Beziehungen aber hat es doch nur eine untergeordnete Wichtigkeit: es ist nämlich nur vorhanden des Wollens wegen, damit dieses, als eine innere Thatsache, gleich Anfangs oder in der Folge auch Anderen klar werde, weshalb sogar die Art und Form des Zeichens meist gleichgültig zu sein pflegt.

Allein es läßt sich auch eine künstlichere Behandlung der Verträge denken, worin man gerade umgekehrt das Zeichen als die Hauptsache ansieht, und allem Uebrigen nur eine untergeordnete, relative Wichtigkeit beilegt. Ein Beispiel dieser künstlich behandelten Verträge, die ich jetzt in Ermangelung eines andern Ausdrucks formelle Contracte nennen will, ist unser Wechselgeschäft. Dabei ist das schriftliche Geldversprechen in diesen bestimmten Ausdrücken

die Hauptsache, Das, was jedem Vertrag dieser Art seine Eigenthümlichkeit und seine besondere Wirksamkeit giebt, während die Veranlassung und der Zweck dieses Versprechens zunächst gar nicht beachtet wird. Bei andern gewöhnlichen Verträgen dagegen, z. B. dem Kauf, ist gerade der Grund und Zweck des Versprechens die Hauptsache: es wird nämlich Geld versprochen, damit eine Sache gegeben werde, und umgekehrt. In welcher Form dieses Versprechen geschehe, ist in der Regel gleichgültig, und selbst da, wo eine besondere Form vorgeschrieben ist, wie z. B. im Preußischen Recht die schriftliche Abfassung für alle Verträge über eine gewisse Summe gefordert wird, hat doch diese vorgeschriebene Form eine blos negative Bedeutung, so daß da, wo sie fehlt, kein wirksamer Vertrag angenommen wird; ist sie dagegen beobachtet, so tritt wieder ganz das eben beschriebene gewöhnliche Verhältniß ein, in welchem das Zeichen als etwas Untergeordnetes und Zufälliges, und dagegen Grund und Zweck des Versprechens als das Wesentliche betrachtet wird.

Auch bei den Römern finden wir formelle Contracte, aber in viel größerer Ausdehnung und Wichtigkeit, als in unsern heutigen Rechten. Anstatt daß unser Wechselgeschäft auf die beschränkten Bedürfnisse eines einzelnen Standes berechnet ist, wurden

geschah, welches wir von der Arrogation ohnehin bestimmt wissen [1]). Zweitens, daß ein Jurist dazu kommen konnte, über diese Handlung ein ausführliches Werk zu schreiben. So erklärt, scheint unsere detestatio völlig gleichbedeutend mit der alienatio sacrorum, die einmal von Cicero als eine feierliche juristische Handlung genannt wird, aber ohne alle Erklärung [2]).

Dagegen die manumissio sacrorum causâ kann wohl auf keine Weise dahin gehören [3]), eben so wenig aber auch zu den von Cicero angeführten Arten, die sacra privata zu zerstören, worauf sie Scaliger bezogen hat [4]). Nach den klaren Worten des Festus war es eine eigentliche Sklavenmanumission, und es muß also wohl angenommen werden, daß zu gewissen Arten des Cultus gerade Frei-

[1]) *Gellius* V. 19. *Taciti* hist. I. 15. *Sueton.* August. C. 65. *Cicero* pro domo C. 15.

[2]) *Ciceronis* Orator C. 42. „An, quibus verbis sacrorum alienatio fiat, docere honestum est, ut est: quibus ipsa sacra retineri defendique possint, non honestum est?"

[3]) *Festus* v. manumitti. „Manumitti dicebatur servus sacrorum causa cum dominus tenens modo caput, modo membrum aliud ejusdem servi, ita edicit . . ." Diese Stelle ist freilich zum Theil restituirt. — *Festus* v. puri „Puri, probi, profani, sui auri dicitur in manumissione sacrorum causa, ex quibus puri significat, quod in usu spurco non fuerit."

[4]) *Scaliger* ad Festum v. puri.

gelassene nöthig waren, und zwar solche, die man auf diese bestimmte feierliche Weise freigelassen hatte.

V.

Gemeinschaft der sacra in der Ehe.

Bei der Ehe wird als etwas Wesentliches, zu ihrem Begriff Gehöriges, die Gemeinschaft des Cultus bemerkt, und zwar nicht etwa bei der conventio in manum, sondern bei der Ehe überhaupt [1]. Diese Gemeinschaft ist wohl auf die sacra privata zu beziehen, und zwar nicht so, als ob eine dauernde Verpflichtung dadurch auf den Ehegatten übergegangen wäre (sonst hätte wohl Cicero auch die Ehe unter den Mitteln, die sacra zu perpetuiren, genannt), sondern so, daß während der Ehe alle sacra des Mannes zugleich als Verpflichtung der Frau betrachtet wurden, und umgekehrt. Auf die sacra gentilitia indessen kann diese Gemeinschaft nicht bezogen werden, wenn, wie oben (S. 194.) bemerkt worden, die Frauen derselben überhaupt nicht fähig waren.

[1]) L. 1. D. de rit. nupt. (23. 2.) „Nuptiae sunt . . . divini et humani juris communicatio.“ L. 4. C. de crim. expil. hered. (9. 32.) „Adversus uxorem quae socia rei humanae atque divinae domus (leg. *domum*) suscipitur . .“

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung. 1849.

Bald nach dem Abdruck der vorstehenden Abhandlung erschien eine bedeutende Recension derselben [1]), worüber nun, nach sehr vielen Jahren, Nachricht zu geben ist. Diese läßt den größten Theil der Abhandlung, insbesondere die Untersuchung der privatrechtlichen Verhältnisse, fast unberührt, prüft und beurtheilt aber sehr genau und ausführlich den zweiten Abschnitt (S. 173.), welcher sich auf die Stelle des Festus bezieht. Es wird darin Widerspruch erhoben [2]) gegen folgende, — von mir aufgestellte Behauptungen:

[1]) Heidelbergische Jahrbücher 1817. B. 2. S. 1145—1152 und S. 1233—1242, ohne Zweifel von Creuzer. Damit noch zu verbinden die Creuzer'sche Ausgabe von Cicero de legibus Francof. 1824 p. 306—319, in deren Anmerkungen u. a. auch briefliche Aeußerungen von mir angeführt werden.

[2]) S. 1150 fg. der Recension.

1. Gegen die Behauptung, daß die Stelle des Festus, so wie wir sie vor uns haben, auf der irrigen Verbindung von zwei verschiedenen, älteren Zeugnissen zu einem scheinbaren Ganzen beruhe.

2. Gegen die Beziehung der sacra pro *sacellis* auf sacra gentilitia, indem für die sacella vielmehr eine andere Erklärung aufgestellt wird.

3. Gegen die Beziehung der sacra gentilitia unter die publica sacra.

4. Ganz vorzüglich gegen die von mir ausgesprochene Verneinung des Daseyns von sacra familiarum, verschieden von den sacra gentilitia. Dieser Punkt vorzüglich wird mit Scharfsinn und Gelehrsamkeit durchgeführt, und es werden dabei nicht blos einzelne Zeugnisse aus dem Römischen Alterthum geltend gemacht, sondern vorzüglich Analogieen Griechischer Einrichtungen. Ein Hauptgrund für die von mir ausgesprochene Verneinung lag darin, daß Cicero die sacra familiarum nicht nennt, ja daß in dem von ihm aufgestellten zusammenhängenden System kaum ein Platz dafür übrig zu seyn scheint. Diesen Grund sucht die Recension auf folgende, allerdings sehr beachtenswerthe Weise zu ent=

kräften [1]. Cicero will in der von mir behandelten Stelle nicht ein erschöpfendes System des Opferwesens aufstellen, sondern blos die Stücke hervor heben, worauf sich Institute des Privatrechts, zur Deckung der mit den Opfern verbundenen Kosten, beziehen. Diese absichtliche Beschränkung steht ganz im Zusammenhang mit den von ihm geführten Klagen über die von den Juristen im geistlichen Recht verschuldeten Corruptionen. Davon konnte natürlich nur die Rede seyn bei den mit dem Opferwesen verbundenen Rechtsinstituten. Gesetzt nun, bei den sacra familiarum war, eben so wie bei den sacra gentilitia, die rein religiöse Seite die Hauptsache, so daß dabei privatrechtliche Institute für die Bestreitung der Ausgaben nicht nöthig gefunden wurden, so hatte in jener Stelle Cicero überhaupt keine Veranlassung, die sacra familiarum zu erwähnen, bei welchen die Juristen keine Gelegenheit gefunden hatten, Etwas zu verderben.

Diese Bemerkung ist denn allerdings von großer Erheblichkeit, und sie gewinnt noch dadurch an Kraft, daß durch sie das Bedürfniß verschwindet, die Stelle

[1]) S. 1240 der Rec.

des Festus, durch Zerlegung in verschiedene ursprüngliche Bestandtheile, als ein unhaltbares Ganze darzustellen.

Zur Unterstützung dieser Ansicht nun ist neuerlich noch eine Vermuthung aufgestellt worden, die gewissermaßen einen vermittelnden Charakter an sich trägt, und durch innere Wahrscheinlichkeit sich empfiehlt [1]. Es ist möglich, daß es ursprünglich nur sacra gentilitia gab, keine sacra familiarum, indem innerhalb der patricischen gentes kaum ein Bedürfniß für die einzelnen, darin vereinigten Familien angenommen werden konnte, noch besondere sacra familiarum, außer und neben ihren gemeinsamen sacra gentilitia, einzurichten. Als aber der Plebejerstand sich erhob, und in ihm immer mehr angesehene, mächtige Familien erwuchsen, da mögen diese, durch religiöses Bedürfniß, wie durch ihr Standesgefühl, bewogen worden seyn, sacra familiarum zu feiern, ähnlich den sacra gentilitia, die von alter Zeit her in den patricischen gentes gefeiert wurden.

Endlich ist neuerlich die Widerlegung meiner Ansicht über die sacra gentilitia noch durch folgende Behauptung unterstützt worden [2]. Publica sacra

[1]) Leist Bonorum Possessio. B. 1. Göttingen 1844 S. 11—13.

[2]) Mommsen de collegiis et sodaliciis Romanorum. Kiliae 1843. p. 14.

seyen die, welche für das ganze Volk gefeiert wurden: sey es, daß es für das Volk ohne Rücksicht auf dessen Abtheilungen geschah, oder für die einzelnen Theile desselben, jedoch gleichzeitig für alle. Gesetzt also auch, die gentes wären wirklich Theile des populus gewesen (welches dahin gestellt bleibt), so würden dennoch die gentilicia sacra nicht publica seyn können, da keine Nachricht dahin lautet, daß an einem und demselben Tage für alle gentes Opfer gebracht worden wären.

IX.

Ueber den Literalcontract der Römer.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde vorgelesen in der Berliner Akademie am 14. November 1816, abgedruckt in den Abhandlungen 1816. 1817. Berlin 1819, S. 289—306 der historisch-philologischen Klasse; hier aber mit einem Zusatz, geschrieben im Julius 1818, und gegründet auf die in der Zwischenzeit entdeckten Institutionen des Gajus, die mir damals in der Handschrift zugänglich waren.

Die gegenwärtige zweite Ausgabe hat zunächst einige kleine, durch Klammer bezeichnete, Zusätze zur ersten hinzugefügt, dann aber am Schluß einen zusammenhängenden Nachtrag aus gegenwärtiger Zeit (1849) folgen lassen.

Es sei mir erlaubt, für die folgende Untersuchung den Grund zu legen durch einige allgemeinere Erörterungen über die Natur der Verträge, als des häufigsten und wichtigsten Entstehungsgrundes aller Obligationen.

Das Wesen der Verträge besteht in einem übereinstimmenden Wollen, dessen Uebereinstimmung gegenseitig zum Bewußtsein gekommen ist. Bei jedem Vertrage ist daher zweierlei zu beachten: das Wollen selbst, und das Zeichen, wodurch sich dieses Wollen offenbart. Dieses Zeichen, welches meist in Wort oder Schrift besteht, kann aber nicht blos für die Entstehung des Vertrags von Wichtigkeit sein, sondern auch für die Erhaltung seines Andenkens, d. h. als Beweismittel für den Fall, wenn das Daseyn desselben bestritten wird. In beiden Beziehungen aber hat es doch nur eine untergeordnete Wichtigkeit: es ist nämlich nur vorhanden des Wollens wegen, damit dieses, als eine innere Thatsache, gleich Anfangs oder in der Folge auch Anderen klar werde, weshalb sogar die Art und Form des Zeichens meist gleichgültig zu sein pflegt.

Allein es läßt sich auch eine künstlichere Behandlung der Verträge denken, worin man gerade umgekehrt das Zeichen als die Hauptsache ansieht, und allem Uebrigen nur eine untergeordnete, relative Wichtigkeit beilegt. Ein Beispiel dieser künstlich behandelten Verträge, die ich jetzt in Ermangelung eines andern Ausdrucks formelle Contracte nennen will, ist unser Wechselgeschäft. Dabei ist das schriftliche Geldversprechen in diesen bestimmten Ausdrücken

die Hauptsache, Das, was jedem Vertrag dieser Art seine Eigenthümlichkeit und seine besondere Wirksamkeit giebt, während die Veranlassung und der Zweck dieses Versprechens zunächst gar nicht beachtet wird. Bei andern gewöhnlichen Verträgen dagegen, z. B. dem Kauf, ist gerade der Grund und Zweck des Versprechens die Hauptsache: es wird nämlich Geld versprochen, damit eine Sache gegeben werde, und umgekehrt. In welcher Form dieses Versprechen geschehe, ist in der Regel gleichgültig, und selbst da, wo eine besondere Form vorgeschrieben ist, wie z. B. im Preußischen Recht die schriftliche Abfassung für alle Verträge über eine gewisse Summe gefordert wird, hat doch diese vorgeschriebene Form eine blos negative Bedeutung, so daß da, wo sie fehlt, kein wirksamer Vertrag angenommen wird; ist sie dagegen beobachtet, so tritt wieder ganz das eben beschriebene gewöhnliche Verhältniß ein, in welchem das Zeichen als etwas Untergeordnetes und Zufälliges, und dagegen Grund und Zweck des Versprechens als das Wesentliche betrachtet wird.

Auch bei den Römern finden wir formelle Contracte, aber in viel größerer Ausdehnung und Wichtigkeit, als in unsern heutigen Rechten. Anstatt daß unser Wechselgeschäft auf die beschränkten Bedürfnisse eines einzelnen Standes berechnet ist, wurden

in Rom die formellen Contracte überall angewendet, so daß sie die regelmäßige Grundlage der Obligationen überhaupt bildeten. Auf diese Weise kommt in unsern Rechtsquellen die *verborum* obligatio vor, die Stipulation nämlich, wobei Alles auf einer bestimmten Form mündlicher Rede beruhte; eben so aber existirte auch eine *literarum* obligatio, welche den Gegenstand dieser Untersuchung ausmacht. Daß sie wirklich existirte, dürfen wir nicht bezweifeln, da sie uns in mehreren ganz unzweideutigen Stellen als eine Hauptform der alten Contracte, und völlig auf gleicher Linie mit der verborum obligatio, angegeben wird [1]): wäre dieses nicht der Fall, so könnte man allerdings geneigt sein, die Erwähnung der Schrift bei Contracten vielmehr auf ein bloßes Beweismittel, als auf die besondere Natur eines formellen Contracts zu beziehen. Wenn daher in mehreren Stellen der Pandekten die Contracte mit Weglassung dieser Gattung aufgezählt werden [2]), so ist das ohne Zweifel daraus zu erklären, daß diese

[1]) §. 2. J. de oblig. „Prius est, ut de iis (obligationibus) quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aeque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, *aut verbis, aut literis,* aut consensu.“ Tit. J. de lit. obl. (3. 21). *Gajus* II. 9. pr. und §. 12.

[2]) L. 1. §. 3. de pactiv. L. 1. §. 1. L. 4. de obl. et act. L. 8. §. 1. de fidejuss. L. 1. §. 1. de novat.

Gattung zu Justinian's Zeit, wie wir wissen, längst außer Gebrauch gekommen war [1]), weshalb in den Stellen der alten Juristen die Erwähnung derselben, als einer gebräuchlichen Rechtsform, vertilgt werden mußte. Daß nicht auch in den Institutionen ein Gleiches geschehen ist, erklärt sich daraus, daß die Verfasser der Institutionen dieser veralteten literarum obligatio ein davon ganz verschiedenes Rechtsinstitut substituirten, wofür sie keinen andern Platz fanden. Auch in den Pandekten finden sich übrigens gelegentliche Hindeutungen auf die literarum obligatio, die vielleicht nur darum der Vernichtung entgingen, weil sie weniger bemerkt wurden.

Ueber diesen Römischen Literalcontract nun soll hier eine zwiefache Untersuchung angestellt werden: die erste über die eigentliche Form desselben, die zweite über die Gränzen seiner Anwendung.

I.

Ueber die Form des alten Literalcontracts.

Hierüber giebt es in der Hauptsache nur zwei Meinungen. Einige nehmen für den Literalcontract eine

[1]) Tit. J. de lit. obl.

besondere Urkunde an, wodurch also dieser Contract eine allgemeine Aehnlichkeit mit unsern Wechseln erhalten würde. Andere behaupten, daß derselbe lediglich in den Hausbüchern (codex, codices, codex accepti et expensi, tabulae, domestica ratio) enthalten gewesen sei. Beide Meinungen haben indessen einige Berührung mit einander. Wer nämlich eine eigene Urkunde annimmt, pflegt doch dabei einzuräumen, daß diese sich auf die Eintragung desselben Postens in die Hausbücher bezogen habe; nur soll dieses etwas Unwesentliches und Gleichgültiges gewesen sein. Wer aber die Hausbücher als die Hauptsache ansieht, kann sich daneben wohl noch eine besondere Urkunde gefallen lassen, die für den leichten und sichern Beweis gute Dienste leisten mochte, für die Rechtsgültigkeit der Handlung selbst aber ganz gleichgültig war, gerade so, wie die Römer auch über ihre Stipulationen schriftliche Urkunden aufzusetzen pflegten.

Die erste Meinung nun hat für sich das ausdrückliche Zeugniß des Theophilus *), der eine besondere Urkunde (noch verbunden mit mündlicher Rede) für das Wesen des Literalcontracts erklärt, wobei jedoch gleich hier zu bemerken ist, daß er nicht

*) Theophilus ad tit. J. de lit. oblig.

etwa ein zu seiner Zeit gültiges Rechtsinstitut erklärt, welches ihm aus eigener Anschauung hätte bekannt sein müssen, sondern ein veraltetes, welches er nur aus historischen Quellen kennen konnte.

Ich halte die zweite Meinung für die richtige, und um diese erklären und begründen zu können, muß ich eine allgemeine Bemerkung über die Hausbücher vorausschicken. Der codex accepti et expensi wurde zur Zeit der Republik von jedem Römischen Bürger regelmäßig und mit besonderer Sorgfalt geführt [1]); nur Söhne in väterlicher Gewalt, weil sie kein Vermögen hatten, führten ihn regelmäßig nicht [2]), bei allen Anderen wurde Dieses als etwas Besonderes, als eine Ausnahme, betrachtet [3]). In diesem Buch nun kamen lediglich Geldgeschäfte vor, diese aber auch alle, d. h. es war eine vollständige Rechnung über alle Geldeinnahme und Geldausgabe, wirkliche sowohl, als fingirte, so daß z. B. auch jeder erfüllte Kauf und Verkauf darin vorkommen mußte wegen der geleisteten oder empfangenen Zahlung des Kaufpreises [4]). Ließ man einen

[1]) Cic. pro Roscio Com. C. 2. 3. Ascon. ad Cic. in Verr. lib. 1. C. 23.

[2]) Cic. pro Coelio C. 7.

[3]) Cic. in Verr. lib. 1. C. 23.

[4]) Cic. pro Cluentio C. 14. 30, in Verr. lib. 1. C. 23, L. 47. §. 1. D. de pactis.

einzelnen Posten absichtlich weg, so hieß Das pecunia extraordinaria [1]), und Dieses pflegte zu geschehen, wo es darauf ankam, Bestechungen oder andere Nichtswürdigkeiten zu verbergen. In diesen Büchern also kam jeder Posten dergestalt vor, daß er einer bestimmten anderen Person zugeschrieben wurde, entweder als von ihr empfangen, wodurch man sich für diese Summe als ihren Schuldner bekannte (acceptilatio), oder als an sie bezahlt (expensilatio): dieses Letzte ist unser Soll, das Erste unser Haben. Zur Zeit des Asconius, oder wer sonst Verfasser des Commentars zu den Verrinen seyn mag, war diese ehemals allgemeine Sitte verschwunden [2]).

In diesen Hausbüchern also haben wir eine sichere, bekannte Form, deren juristische Wirkung wir aufsuchen; in dem Literalcontract haben wir umgekehrt ein sicher vorhandenes Rechtsverhältniß, dessen begründende Form wir suchen. Unsere Aufgabe also besteht darin, zu zeigen, daß in der That diese beiden Stücke mit einander verbunden waren, d. h. daß das Hausbuch die Form des Literalcontracts, der Literalcontract die Wirkung des Hausbuchs war, und daß insbesondere eine eigene, von dem Hausbuch verschiedene,

[1]) Cic. pro Roscio Com. C. 1., in Verr. lib. 1. C. 39.

[2]) Ascon. ad Cic. in Verr. lib. 1. C. 23.

Urkunde als Form des Literalcontracts nicht vorgekommen seyn kann. Hier sind die Beweise:

1) Nomina facere war sicher der alte Kunstausdruck für den wahren Literalcontract.

pr. J. de lit. oblig. „Olim scriptura fiebat obligatio, quae *nominibus fieri dicebatur.*"

Damit stimmt überein Cic. de offic. III. 14, wo von einem Käufer, der anstatt baarer Zahlung eine neue Obligation (durch Literalcontract) übernimmt, gesagt wird: nomina facit. Desgleichen L. 9. pr. D. de pactis, wo das nomina facere der Stipulation coordinirt wird: „Utputa plures sunt *rei stipulandi, vel* plures argentarii, *quorum nomina simul facta sunt*" etc.

Wenn wir nun irgendwo finden, in welcher Form das nomina facere vollbracht worden ist, so wird damit unleugbar auch die Form des Literalcontracts bestimmt seyn. Nun haben wir aber eine Anzahl ganz deutlicher Stellen, worin das nomina facere ausdrücklich als ein Eintragen in den Codex oder die tabulae bezeichnet ist, ohne die geringste Hindeutung auf eine besondere, außer dem Codex liegende Urkunde.

Cic. in Verr. lib. 1. Cap. 36. „Deinde in *codicis extrema cera nomen* infimum in flagitiosa litura fecit." ib. C. 39. „si . . neque

in *tuas tabulas* ullum *nomen referres*, cum tot ibi nominibus acceptum Curtii referrent?“

Cic. ad Att. 4. 18. „haec pactio non verbis, sed *nominibus* et perscriptionibus, multorum *tabulis* cum esse *facta* diceretur,“ in welcher Stelle offenbar das multorum *tabulis* eine Erklärung und nähere Bestimmung des *nominibus* ist.

Seneca de beneficiis Lib. 3. C. 15. „Ille *per tabulas* plurium *nomina* interpositis parariis *facit*.“

Durch diese Stellen also scheint die Identität des nomina facere, d. h. des Literalcontracts, mit dem bloßen Eintragen in die Hausbücher dargethan.

2) Expensilatio ist gewiß das bloße Eintragen eines Postens in das Hausbuch; dieses folgt theils aus dem oben erklärten Zusammenhang des Ausdrucks mit der ganzen Einrichtung, theils aus vielen Stellen, worin expensilatio in unmittelbarer Verbindung mit codex und tabulae genannt wird, von welcher Art die gleich folgende Stelle ist. Wüßten wir also die juristische Wirkung der expensilatio, so dürften wir diese ganz unmittelbar auch den Hausbüchern als Wirkung beilegen. Ueber diese Wirkung

der expensilatio aber ist folgende Stelle ganz entscheidend:

Cic. pro Roscio Com. C. 5. „Adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat (also expensum und tabulae werden hier als unzertrennlich verbunden betrachtet): reliquum est, ut stipulatum se esse dicat: praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio . . . . . . Pecunia petita est certa . . haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur: expensam latam non esse, codices Fannii confirmant: stipulatam non esse, taciturnitas testium concedit.“

Aus dieser Stelle ist nun ganz klar, daß die expensilatio, d. h. der eingetragene Posten im Hausbuch, Entstehungsgrund einer Obligation, und nicht, wie Andere behaupten, bloßes Beweismittel war; denn wie könnte sie sonst so ganz auf gleicher Linie genannt seyn mit Darlehen und Stipulation, welche beide doch gewiß nicht Beweismittel, sondern wahre Contracte, Entstehungsgründe von Obligationen, sind! Offenbar will Cicero sagen: Es giebt überhaupt nur drei Contracte dieser streng bindenden Art: das

Darlehen nämlich, die Stipulation, und die expensilatio, und von diesen drei Arten strenger Contracte ist hier keiner vorhanden.

Wollte man dagegen anführen, daß in vielen anderen Stellen die expensilatio und die tabulae überhaupt als Beweismittel erwähnt werden, so würde dadurch die hier vorgetragene Meinung um gar Nichts entkräftet seyn. Denn daß die tabulae, so gut, wie jede andere schriftliche Aufzeichnung, zugleich auch Beweismittel waren, wird Niemand leugnen wollen. Genau derselbe Fall ist es ja mit jedem Wechselbrief, der gleichfalls zum Beweise dient, obgleich er darum nicht weniger auch Entstehungsgrund einer Obligation ist.

3) Ein Hauptbeweis gegen das Daseyn einer eigenen Urkunde als Wesen des Literalcontracts ist das gänzliche Schweigen darüber in so manchen Stellen, wo sie ganz unfehlbar erwähnt seyn müßte, wenn sie existirt hätte. Wenn z. B. Cicero in der Rede pro Roscio Comoedo ausführlich davon spricht, daß alle die Thatsachen nicht vorhanden seyen, die den Roscius hätten obligiren können, und wenn er diese Thatsachen einzeln aufzählt, um dadurch die gerechte Sache des Roscius recht anschaulich zu machen, was war natürlicher, als unter diesen nicht vorhandenen Thatsachen jene besondere Ur-

kunde obenan zu stellen, wenn überhaupt solche Urkunden vorkamen!

Am entscheidendsten aber ist dieses Schweigen in folgender Stelle des Asconius, wodurch der Ausdruck syngraphas fecerat in Cicero's Rede erläutert werden soll [1]): „Inter syngraphas, et cetera chirographa hoc interest: quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi solent; in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum: et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphae signatae utriusque manu, utrique parti servandae traduntur." Was hier von den syngraphis gesagt ist, darf nicht so genommen werden, wie es Hotomanus versteht, als ob in denselben leicht Betrug und Verfälschung vorkommen könne, vielmehr soll damit genau die Natur des formellen Contracts bezeichnet werden. Die ganze Stelle also will Dieses sagen: syngraphae sind formelle Contracte (wie unsre Wechselbriefe), die eben deshalb auch da gebraucht werden, wo ursprünglich gar kein Geld gegeben war, und nur aus andern Gründen eine Obligation, wie

[1]) Ascon. ad Cic. in Verr. lib. 1. C. 36.

aus einem Darlehen, hervorgebracht werden soll; dieses Institut aber ist griechischer Abkunft; chirographum dagegen (d. h. unser Schuldschein) ist gar kein Contract, sondern ein gemeines Beweismittel, was also auch nur da angewendet wird, wo in der That ein Darlehen gegeben war, dessen Andenken eben dadurch erhalten werden soll. — Wie verhält sich nun zu der syngrapha unser Literalcontract, wenn dieser in einer eigenen Urkunde bestand? Zuerst könnte man denken, es sey gerade der Literalcontract selbst, der hier beschrieben und nur mit fremdem Namen benannt werde. Das aber ist unmöglich; denn der Literalcontract selbst muß nach dem ganzen Zusammenhang in dem alt-Römischen Civilrecht gegründet gewesen seyn, anstatt daß für die syngrapha eben unsre Stelle ausdrücklich den griechischen Ursprung und die fremde Natur des Geschäfts bezeugt; damit stimmen denn auch mehrere Stellen überein, welche die syngrapha stets nur in griechischen Provinzen erwähnen [1]), während der codex expensi und, was damit zusammenhängt, stets in Rom selbst, und als alte Nationalsitte vorkommt.

War nun aber die syngrapha nicht identisch mit der angeblichen Urkunde des alt-Römischen Literalcon-

[1]) Cic. in Verr. Lib. 1. C. 36, ad Atticum Lib. 5. ep. ult., pro domo C. 50. de Harusp. resp. C. 13.

tracts, so mußte sie ihr doch ganz nahe verwandt seyn in Form und Bestimmung, so nahe verwandt, daß es völlig unerklärlich erscheinen muß, warum der Römische Grammatiker, der die syngrapha erklären, und durch Vergleichung erklären wollte, nicht vor Allem daran dachte, die Urkunde des alten Römern bekannten Literalcontracts (wenn anders eine solche Urkunde existirte) zu dieser Vergleichung zu wählen. Dieses ist völlig unnatürlich, und eben aus diesem Schweigen in diesem Zusammenhang schließe ich, daß eine solche besondere Urkunde, wie man sie als Form des Literalcontracts behauptet, gar nicht existirt haben kann.

Aber eben diese Stelle wirft auch noch ein besonderes Licht auf das Zeugniß des Theophilus, nach welchem der Literalcontract in einer besonderen Urkunde bestand. Theophilus wollte Etwas erklären, wovon er selbst keine Anschauung mehr haben konnte. Bei den Schriftstellern, die er eben benutzte, mochte er wohl auch keine deutliche Beschreibung der ganzen Form antreffen; gesetzt nun, die syngrapha hatte sich in griechischen Ländern des Reichs stets in Gebrauch erhalten, was war natürlicher, als sich durch diese täuschen zu lassen, und sie als Erklärung dem längst veralteten Römischen Literalcontract un-

terzuschieben, dessen eigentliche Gestalt man nicht mehr kannte!

4) Gewiß ist es, daß der Literalcontract vorhanden war und wieder verschwand; wie läßt sich Dieses erklären?

Bestand er in einer eigenen Urkunde, so wäre dieses Verschwinden gegen alle Analogie. Wir finden überall bei steigender Cultur und größerer Verwicklung der Geschäfte auch vermehrten Gebrauch der Schrift, die nun im bürgerlichen Verkehr häufig angewendet wird, wo früherhin Alles mündlich verhandelt wurde. So wurde späterhin in Rom mit der ursprünglich blos mündlichen Stipulation eine Urkunde (cautio) verbunden, die niemals zu ihrer nothwendigen Form gehörte, aber so gewöhnlich wurde, daß man oft eine Stipulation selbst schlechtweg cautio genannt findet. Hätte nun der alte Literalcontract wirklich in einer eigenen Urkunde bestanden, so wäre er gerade dem Bedürfniß der neueren Zeit sehr willkommen gewesen, und wir müßten eher erwarten, daß er allein übrig geblieben wäre und den Verbalcontract völlig verdrängt hätte, als daß er, wie wir wissen, verschwand, während der Verbalcontract völlig im Gebrauch blieb.

Suchen wir dagegen den Literalcontract lediglich in den Hausbüchern, so ist Nichts natürlicher,

als sein Verschwinden, da uns ohnehin das Verschwinden der Hausbücher ausdrücklich bezeugt wird[1]).

Selbst die theilweise Fortdauer desselben für die Geschäfte mit den Argentarien, die wir nach Stellen der Pandekten annehmen müssen[2]), paßt völlig zu dieser Ansicht und zu keiner andern. Denn daß die Argentarien ihres Geschäfts wegen stets vollständige Rechnungsbücher führen mußten, auch nachdem die allgemeinen Hausbücher verschwunden waren, ist sehr natürlich. Stand nun der Literalcontract in den Büchern, so ist es sehr begreiflich, wie er nunmehr aus einem allgemeinen, allen Römern zugänglichen Contract, zu einem ausschließenden Geschäft der Argentarien werden konnte; bestand er in einer eigenen Urkunde, so ist auch dieser Uebergang zwar nicht unmöglich, aber doch völlig unerklärt.

Nimmt man nun auch an, daß der Literalcontract lediglich in den Hausbüchern stand, so sind damit freilich noch nicht alle Fragen nach der Form desselben beantwortet, und es bleiben noch immer viele Zweifel übrig. Eine denkbare Form wäre etwa diese, daß Beide, der Gläubiger und Schuldner, ihre Bücher zusammengetragen, und nun zu gleicher

[1]) Ascon. ad. Cic. in Verr. lib. 1. C. 23.

[2]) Besonders nach L. 9. pr. D. de pactis, s. o. S. 219.

Zeit denselben Posten als acceptum und expensum eingeschrieben hätten; dann hatten gewiß Beide eingewilligt, und zugleich war Jeder gewiß, daß der Andere den Posten weder einzutragen versäumte, noch falsch eintrug. Hatte aber auch nur der Schuldner allein das acceptum eingetragen, so konnte vielleicht dieses gegen ihn geltend gemacht werden, da es nun an seinem Willen, auf diese Weise Schuldner zu seyn, nicht fehlte; in der That kommt bei Cicero ein Fall vor, worin das einseitige Eintragen des Schuldners als verbindlich betrachtet zu seyn scheint [1]. Gewiß aber ist es, daß nicht der Creditor ohne Willen des Schuldners diesen durch ein expensum obligiren konnte, und auch darauf deutet eine Stelle des Cicero [2].

Man hat gegen diese ganze Ansicht eingewendet, der Beweis einer solchen Schuld sey schwierig gewesen, der Schuldner habe vielleicht den ganzen Posten gar nicht eingetragen, oder hinterher verfälscht; allein diese Einwürfe sind ganz ohne Gewicht, denn bei der Stipulation, deren Wesen blos in den ausgesprochenen Worten bestand, war ja diese

[1]) Cic. in Verr. lib. 1. C. 36. [Vgl. jedoch Keller in Sell's Jahrbüchern B. 1. S. 109.].

[2]) Cic. pro Roscio Com. C. 1. „Scripsisset ille, si non *jussu hujus* expensum tulisset?“

Schwierigkeit sogar noch größer. So lange nun allgemeines Zutrauen bestehen mochte, begnügte man sich dennoch mit dieser Form; späterhin that man Etwas von außen hinzu, um sich den Beweis zu sichern, Zeugen oder Schrift; und diese äußeren Hülfsmittel, ganz unabhängig von der eigentlichen Rechtsform selbst, konnten ja eben so gut auch bei unserm Literalcontract angewendet werden.

II.

Ueber die Gränzen der Anwendung des Literalcontracts.

Die Stipulation war anwendbar auf Obligationen jeder Art, der Literalcontract aber seiner Natur nach nur auf die Geschäfte, welche in einer wirklichen oder fingirten Geldzahlung ihren Grund hatten.

Ein zweiter Unterschied lag darin: der Verbalcontract hatte eine eigene Form für die Begründung einer Obligation (stipulatio oder sponsio), eine eigene für die Auflösung derselben (acceptilatio). In dem Literalcontract dagegen war Beides nicht zu unterscheiden, sondern es war stets eine acceptilatio und expensilatio zugleich, der man nicht ansah, ob da-

durch eine Schuld entstehen, oder eine Schuld untergehen sollte. Gerade so, wie auch in unserm kaufmännischen Contocurrent nichts Anderes, als Soll und Haben, vorkommt, ohne daß daraus jene verschiedenen Verhältnisse unmittelbar erhellen.

Die Stipulation endlich konnte zu zwei verschiedenen Zwecken gebraucht werden: um einem Geschäft gleich Anfangs seine Form zu geben, oder um ein schon bestehendes Geschäft umzuformen, in welchem letzten Fall sie novatio hieß. Der Analogie nach möchte man auch für den Literalcontract beide Arten der Anwendung annehmen. Allein sowohl Theophilus, als der Westgothische Gajus beschreiben ihn so, daß er blos als novatio gebraucht worden zu seyn scheint [1]). Dennoch dürfen wir hierin mit völliger Bestimmtheit das Gegentheil behaupten. Bei Cicero nämlich kommt ein Bestechungsvertrag vor, der gleich Anfangs, wie er ausdrücklich sagt, „non verbis, sed nominibus et perscriptionibus, multorum tabulis“ gemacht wird [2]), und dabei läßt sich also offenbar an die bloße Verwandlung eines schon bestehenden, gültigen Rechtsverhältnisses gar nicht denken.

[1]) Gajus II. 9. §. 12. Theophilus ad tit. J. de tit. obl.

[2]) Cic. ad Att. lib. 4. ep. 18.

Auch ist es sehr begreiflich, wie man zu jener einseitigen Beschreibung des Literalcontracts als einer blosen Novation gekommen seyn mag. Diese Anwendung scheint nämlich die häufigste und wichtigste gewesen zu seyn, besonders in der Zeit, in welcher Gajus den Contract kannte, da er nämlich nur noch in den Büchern der Argentarien fortgedauert zu haben scheint. Zur Zeit der Republik freilich, während der Allgemeinheit der Hausbücher, war es anders; damals konnte insbesondere nicht wohl ein Gelddarlehn vorkommen, das nicht gleich Anfangs zugleich Literalcontract gewesen wäre. Aber eben in diesem Fall wurde die eigenthümliche Natur des Literalcontracts gar nicht sichtbar, da das Gelddarlehn und der Literalcontract ohnehin auf dieselbe Weise wirkten, nämlich durch eine certi condictio. Sollte also die eigenthümliche Wirkung des Literalcontracts recht sichtbar werden, so gehörten dazu doch fast blos solche Fälle, in welchen eine alte Schuld, z. B. ein rückständiger Kaufschilling, novirt werden sollte, und so konnte man selbst damals vielleicht zu der einseitigen Ansicht verleitet werden, als ob jeder Literalcontract eine Novation wäre.

Zusatz.
(Geschrieben im Julius 1818.).

Ich habe diese Vorlesung ohne alle Aenderung so gelassen, wie sie ursprünglich der Akademie übergeben wurde, indem es mit Rücksicht auf manche von Anderen angestellte Untersuchungen immer noch interessant ist, die reinen Resultate aus den damals bekannten Quellen von Neuem zu prüfen. Für die Sache selbst aber geht ein neues Licht aus einer Stelle des Gajus hervor, deren Inhalt nun noch mit den Behauptungen der vorstehenden Abhandlung zu vergleichen ist. Hier ist diese Stelle, deren Text größtentheils unzweifelhaft ist, wenige Worte ausgenommen, die deshalb hier durch besondere Schrift ausgezeichnet worden sind:

[Lib. 3. §. 128.] Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo; vel a re in personam, vel a persona in personam. [§. 129.] *A re in personam* transcriptio fit veluti si id, quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. [§. 130.] A persona in personam transcriptio fit veluti si id,

quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

[§. 131.] Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. In his enim *rerum* [1]), non litterarum obligatio consistit: *quippe* non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem *pecuniae jure naturali* [2]) facit obligationem. Qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. [§. 132.] Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est. [§. 133.] Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen

[1]) [Cod. *reb.*, d. h. *rebus*. Dieses wurde in Göschen's Ausgaben verwandelt in *rerum*. Lachmann's Ausgabe liest: *rei*, wegen der gleich folgenden Stelle.]

[2]) [Cod. *pcrein*. Göschen: *pecuniae jure naturali*. Lachmann: *pecuniae rei non (litterarum)*. Er stellt anheim, entweder das non wegzustreichen (also: pecuniae rei facit obligationem zu lesen), oder litterarum neu einzusetzen.].

transcripticium, etiam peregrinos obligari, si vero a persona in personam, non obligari.

[§. 134.] Preterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

In dieser Stelle liegt nun, wie ich glaube, eine unmittelbare Bestätigung der oben aus anderen Quellen hergeleiteten Ansicht. Nämlich die eigenthümlich Römische litterarum obligatio, oder das nomen transcripticium, soll entstehen „si expensum tibi tulero", so daß also auch hier die bloße expensilatio als die einzige Form des Literalcontracts deutlich bezeichnet wird, ohne irgend eine Erwähnung einer selbstständigen, außer dem Hausbuch vorhandenen Urkunde. Diese Urkunde nun, wenn sie wirklich vorkam, wäre offenbar die Hauptsache gewesen, und mit welcher Wahrscheinlichkeit kann man annehmen, daß Gajus gerade die Hauptsache auszudrücken vergessen haben sollte? Dieses ist um so unwahrscheinlicher, da ihn gerade die Vergleichung mit der von ihm selbst erwähnten syngrapha unmittelbar daran erinnern mußte.

In Ansehung dieser syngrapha nun wird Asconius durch diese Stelle des Gajus völlig bestätigt, und es ist nunmehr ganz unwidersprechlich, daß die Griechische syngrapha von der alt=Römischen litterarum obligatio durchaus verschieden war; zugleich verschwindet dadurch alle Glaubwürdigkeit des Zeugnisses des Theophilus. Dieser hatte nämlich offenbar hier, wie überall, den Gajus vor sich, und durch die Vermischung der zwei verschiedenen, von Gajus erwähnten, Obligationen ist in ihm die ganz unrichtige Erklärung der alt=Römischen Form entstanden, von welcher gewiß damals am wenigsten eine bestimmte Erinnerung übrig war.

Ferner ist es jetzt klar, in welchem Sinn dieser Contract eine Novation zu nennen ist. Ganz neu und sehr merkwürdig ist nämlich die Angabe des Gajus, daß die arcaria nomina, d. h. die Eintragungen der baaren Darlehen, keine litterarum obligatio begründen, sondern daß dabei die Natur des Realcontracts allein entscheidend ist, und das Hausbuch höchstens zum Beweise gebraucht werden kann. Für die litterarum obligatio bleiben also nur noch die Fälle übrig, in welchen irgend eine andere Schuld in das Buch so eingetragen wird, als ob es ein baares Darlehn wäre. Und diese Natur und Bestimmung des Literalcontracts ist denn auch durch

den Ausdruck nomen transcripticium sehr treffend bezeichnet. Nur daß er jederzeit eine Novation hätte seyn müssen, d. h. Umbildung einer schon früher vorhandenen anderen Obligation, folgt daraus gar nicht. Im Gegentheil scheint es mir aus der oben angeführten Stelle des Cicero auch jetzt noch ganz klar, daß das nomen transcripticium eben sowohl gebraucht wurde, einer zukünftigen, als einer schon vorhandenen Obligation diese besondere Form zu geben. Der Gebrauch desselben war also in dieser Rücksicht eben so ausgedehnt, als der Gebrauch der Stipulation. In anderer Rücksicht aber war dessen Gebrauch allerdings beschränkter, indem die Stipulation auch neben einem baaren Darlehen mit ihrer eigenthümlichen Wirkung vorkam, der Literalcontract aber nicht.

Eine genaue Beschreibung der Form, in welcher die Eintragung in das Hausbuch geschehen mußte, um einen Literalcontract zu begründen, findet sich nun freilich bei Gajus nicht; indessen liegt eine wichtige Andeutung in einer anderen Stelle, die nach einem geringen Zwischenraum auf die oben abgedruckte folgt. Nachdem nämlich Gajus gesagt hatte, daß die Consensualcontracte wechselseitige Obligationen erzeugten, die Stipulation aber und der Literalcontract nur einseitige, so fügt er hinzu, darin seyen

diese letzten Arten der Contracte verschieden, daß der Literalcontract auch mit einem Abwesenden geschlossen werden könne, die Stipulation hingegen nur in persönlicher Gegenwart beider Contrahenten.

[Lib. 3. §. 137.] Item in his contractibus (den Consensualcontracten nämlich) alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur. [§. 138.] Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.

Nach dieser Stelle also, wie nach der oben abgedruckten, ist die expensilatio, d. h. die Handlung des Creditors, die einzige Handlung, worauf der Literalcontract beruht. Auch hier also ist keine Spur einer vom Schuldner ausgestellten Urkunde. Hier aber wird noch weiter bemerkt, daß selbst die Gegenwart des Schuldners überflüssig sey, und hieraus folgt, daß der Schuldner bei jener Eintragung in keiner Art mitzuwirken hatte, insbesondere auch, daß mündliche Rede gar nicht als Bestandtheil der Form des Literalcontracts gedacht werden darf. Indessen ist damit die Nothwendigkeit einer vorhergehenden

Einwilligung des Schuldners in die Eintragung keinesweges ausgeschlossen; diese Einwilligung konnte hier so gut, als bei den Consensualcontracten, auch von einem Abwesenden erklärt werden; sie war in beiden Fällen gleich nothwendig [1]), aber sie war in beiden an keine bestimmte Form gebunden.

Zuletzt mögen hier noch einige Bemerkungen über die syngrapha stehen. Asconius nämlich unterscheidet genau chirographum und syngrapha; Gajus dagegen sagt, die andere Art des Literalcontracts entstehe chirographis et syngraphis. Dieses könnte man so nehmen, als ob er, im Widerspruch mit Gajus, zwei verschiedene Formen dieses Griechischen Literalcontracts annehmen wollte. Indessen wird diese Deutung durch die Beschreibung, die er selbst gleich nachher giebt, völlig ausgeschlossen. Auf folgende Weise lassen sich beide Stellen vereinigen. Chirographum kann theils in einer weiteren Bedeutung genommen werden, für eine Handschrift überhaupt, mit Einschluß der syngrapha,

[1]) Vgl. über diese Nothwendigkeit, was den Literalcontract betrifft, die oben angeführte Stelle des Cicero pro Roscio Com. C. 1. „Scripsisset ille, si non *jussu hujus* expensum tulisset?" [Vgl. auch Valer. Max. 8. 2. 2. „expensa ferri sibi *passus est*", wo also der Schuldner (von dem doch das ganze dort erwähnte Geschäft ausging) in der Form des Vertrags als blos leidend und zugebend, nicht als selbsthandelnd, bezeichnet wird.]

theils in einer engeren, für diejenige Handschrift, die blos zum Beweise dienen sollte. In dieser engeren Bedeutung nimmt es Asconius, dem es eben darauf ankam, die syngrapha von andern Handschriften zu unterscheiden; jene weitere Bedeutung genügte dem Gajus, der die syngrapha lediglich von der expensilatio unterscheiden wollte. Die Worte des Gajus chirographis et syngraphis sind daher so zu erklären: „durch ausgestellte Handschriften, und zwar insbesondere durch diejenige Art derselben, welche man syngraphas nennt.“ Erklärt man die Stelle auf diese Weise, so ist zwischen Gajus und Asconius kein Widerspruch, und der Unterschied beider Stellen liegt dann nur in dem Ausdruck, der hier bei Asconius bestimmter und unzweideutiger ist, als bei Gajus.

Es ist sonderbar, daß die syngrapha, die in den Griechischen Provinzen des Reichs einheimisch war, und die noch Gajus als geltendes Recht kennt, dennoch in den für das östliche Reich bestimmten Justinianischen Rechtsbüchern als ein eigenthümliches Rechtsinstitut nicht mehr vorkommt. Wahrscheinlich ist sie durch den immer mehr verbreiteten und befestigten Gebrauch des Römischen Rechts selbst aus ihrem ursprünglichen Vaterlande verdrängt worden, so daß die Römische Stipulation überall ihre Stelle

eingenommen hat. Diejenigen Provinzialen nun, die an den Gebrauch der Schrift für ihre Contracte gewöhnt waren, konnten diese auch immer mit der Stipulation verbinden, indem sie über den Inhalt derselben ein chirographum abfaßten, welches dem Creditor eingehändigt wurde, ohne jedoch wesentlich zur Form des Contracts zu gehören. Daraus unter andern mag es zu erklären seyn, daß im neueren Römischen Recht, wie wir es aus dem Justinianischen Codex kennen, der Gebrauch der Schrift neben der Stipulation (cautio) so allgemein und regelmäßig vorausgesetzt wird, obgleich eine juristische Nothwendigkeit dieses Gebrauchs niemals vorhanden war. In Justinian's Institutionen wird bekanntlich die Sache so vorgetragen, als ob diese cautio, wenn sie durch die eigenthümliche Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae unterstützt war, den alt-Römischen Literalcontract ersetzte. Diese Ansicht mag schon früher herrschend gewesen seyn, und man mochte sich also schon längst daran gewöhnt haben, diese cautio als die neuere litterarum obligatio überhaupt zu denken, folglich als den Ersatz des Römischen nomen transcripticium sowohl, als der Griechischen syngrapha. Aus dieser sehr wahrscheinlichen Ansicht ist denn auch folgende Stelle des Theodosischen Codex zu erklären, welche man mit Unrecht angeführt hat,

um zu beweisen, daß die alte litterarum obligatio in einer selbstständigen Urkunde bestanden habe [1]):

Si quis debiti vel quod ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est etc.

[1]) L. 6. C. Theod. de denunt. (2. 4.).

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung.
1849.

§. 1. Meine in der vorstehenden Abhandlung niedergelegte Ueberzeugungen sind in den Hauptpunkten unverändert geblieben, wie ich sie denn auch noch seitdem bei anderer Gelegenheit wiederholt habe [1]). Als diese Hauptpunkte aber will ich hier folgende Sätze bezeichnen.

Der alte Literalcontract wurde als ein formelles Geschäft geschlossen, nicht durch eine selbstständige, auf dieses einzelne Geschäft bezügliche, Urkunde, sondern vielmehr durch die Eintragung einer Geldforderung in das Hausbuch; und zwar war es die Eintragung des Glaubigers (expensilatio), die das Wesen des Geschäfts ausmachte, und ihm den Namen gab, nicht die Eintragung des Schuldners (acceptilatio), die jener entsprach.

[1]) System des heutigen R. R., B. 5. Beilage XIV. Num. IX.

Das so entstandene Rechtsgeschäft stand auf gleicher Linie mit dem baaren Darlehen und der Stipulation, indem es, so wie diese, eine selbstständige certi condictio begründete. Das baare Darlehen selbst stand zwar auch in dem Hausbuch als expensum, wirkte aber nicht als Literalcontract, sondern in seiner ursprünglichen Natur, als re contracta obligatio; außerdem wäre das Darlehen von dem Literalcontract völlig absorbirt gewesen, und wäre niemals als selbstständiges Rechtsgeschäft erschienen.

Dem Literalcontract mußte also stets irgend eine andere causa zum Grunde liegen, die durch die Eintragung eine gleiche Natur mit dem Gelddarlehen erhalten sollte, indem sie nun so betrachtet wurde, als wäre dem Gegner baares Geld gegeben worden.

Seit jener Zeit nun ist eine nicht geringe Zahl von Schriften über denselben Gegenstand erschienen. Ich will hier von denjenigen Nachricht geben, die mir bekannt geworden sind, und in welchen ich zugleich Etwas gefunden habe, das mir entweder als Gewinn, als Fortschritt, in dieser Lehre erschienen ist, oder das ich bedenklich, und zu einem Widerspruch von meiner Seite geeignet, befunden habe.

§. 2. Ein besonders wichtiger und schwieriger Punkt in dieser Lehre ist die ganze Einrichtung der Römischen Hausbücher, die sich auf sehr verschiedene Weise denken läßt. Die darauf bezüglichen Gegensätze werden zuerst scharf hervorgehoben in einer lehrreichen Schrift von Keller [1]), und es werden daraus wichtige Folgerungen abgeleitet für das Wesen des Literalcontracts selbst. Das Hausbuch, sagt er, als ein Buch über Einnahmen und Ausgaben von Geld (codex accepti et expensi), haben wir zu denken entweder als ein Cassabuch, oder als ein Contocurrentbuch.

Das Cassabuch enthält, nach der Zeitfolge, alle Einnahmen und Ausgaben des Buchführers, mit Angabe der Veranlassungen, so wie der dabei betheiligten fremden Personen, die also nicht von einander gesondert werden. Es enthält also das Material zur Geschichte seiner Geldgeschäfte, und die Vergleichung von Einnahme und Ausgabe muß in jedem Augenblick dem baaren Cassenbestand entsprechen.

Das Contocurrentbuch enthält die Geldverhältnisse des Buchführers mit jeder einzelnen betheiligten Person besonders, mit Debet und Credit (Soll

[1]) Keller Beitrag zu der Lehre von dem Römischen Literalcontract, in den Jahrbüchern von Sell B. 1. Hft. 1. 1841. Num. 3. S. 93—115.

und Haben) für jeden Einzelnen, so daß daraus in jedem Augenblick zu ersehen ist, wie viel der Buchführer im Ganzen zu fordern oder herauszuzahlen hat (Saldo). Neben einem solchen Buch ist ein Cassabuch unentbehrlich.

Das Römische Hausbuch nun, das von jedem rechtlichen Bürger genau geführt zu werden pflegt, muß ein Cassabuch gewesen seyn, nicht ein Contocurrentbuch. Denn nur zu jenem konnte ein allgemeines Bedürfniß für alle Bürger vorhanden seyn, anstatt daß das Contocurrentbuch einen ausgebreiteten, mannichfaltigen Geschäftsverkehr voraussetzt, so wie er sich bei vielen, selbst wohlhabenden, Personen gewiß nicht findet. Ferner deutet auf die Natur eines Cassabuchs der Name codex accepti et expensi. Endlich mußten in einem Contocurrentbuch alle Forderungen an den Anderen vorkommen, sobald ihr Gegenstand in Geld bestand, also auch Forderungen aus Geld-Stipulationen, Kauf-Contracten u. s. w. Wären nun diese durch die Eintragung sogleich in Literalcontracte verwandelt worden, so hätten diese den ganzen Geschäftsverkehr, soweit er auf Geld sich bezog, absorbiren müssen, welches aber gewiß höchst unwahrscheinlich ist.

Zu einem Cassabuch aber scheinen gerade die transcriptitia nomina nicht zu passen, da durch diese

der baare Bestand nicht verändert wurde, so daß durch ihre Mitrechnung ein falscher Cassenbestand hätte hervorgehen müssen. Daher muß angenommen werden, daß jedes transcriptitium nomen in demselben Codex zweimal eingeschrieben werden mußte, einmal als expensum, das andere Mal als acceptum [1]; und gerade darauf scheint sich der Name *trans*criptitium zu gründen, wodurch sie sogleich augenscheinlich unterschieden wurden von dem arcarium, welches mit einer wahren Veränderung in der Casse zusammenhing, und daher eine gleichzeitige entgegengesetzte Eintragung nicht zuließ.

Neben diesem Codex stand nun noch als Hülfsbuch das Journal (adversaria), in welchem auch die noch ungewissen, unerledigten Geschäfte verzeichnet wurden, bis sie zur sicheren Eintragung in den Codex reif waren.

Ich halte diese Auffassung der Sache für überzeugend, und finde sie durch die genaue Erklärung mehrerer Stellen des Cicero bestätigt. Es ist ganz in dem Sinn derselben, wenn ich hinzu füge, daß die Argentarien durch ihr Gewerbe ohne Zweifel genöthigt waren, Contocurrentbücher, daneben aber auch das allgemein übliche Cassabuch, zu führen,

[1]) Alle diese nomina waren also, nach unsrer Rechnungssprache, blos durchlaufende Posten.

und daß sie sich ganz besonders dazu eigneten, die gegenseitigen Geldgeschäfte ihrer verschiedenen Kunden zu vermitteln. Es wurde da jede Geldzahlung durch bloßes Ab- und Zuschreiben bewirkt, gerade so, wie es durch die Hamburger Bank für den Handelsstand daselbst geschieht.

§. 3. Denselben Gegenstand behandelt ein anderer Schriftsteller [1]), aber auf ganz neue, von allen Anderen abweichende, Weise.

Zwar Anfangs scheint er ähnlichen Weg zu gehen, wie Keller, indem er den Codex nicht für ein Contocurrentbuch, sondern für ein chronologisches Verzeichniß aller Einnahmen und Ausgaben des Buchführers erklärt (S. 10. 16.). Allein es sollen auch die Contracte selbst in das Buch eingeschrieben worden seyn, selbst nicht blos eigene, sondern auch die von anderen Personen geschlossenen Contracte. Alle nomina sollen vollständig und ausführlich eingetragen worden seyn, Verträge anderer Art nur auszugsweise (S. 16. 22—29.).

An diese Einrichtung der Bücher wird nun der Literalcontract auf folgende Weise angeknüpft. Derselbe soll in zwei verschiedenen Formen vorgekom-

[1]) H. Schüler. Die literarum obligatio des älteren R. R. Breslau 1842.

men seyn, als nomen factum (ursprünglicher Literalcontract) und transcriptitium (Novation) (S. 35.).

Nomen factum soll bewirkt werden in Gegenwart beider Parteien, mit Eintragung des Contracts selbst in feierlichen Worten. Meist wurden beide Hausbücher zusammen getragen, beide Parteien unterzeichneten den Vertrag in jedem Buch, und vielleicht schrieb Jeder den ganzen Vertrag in das fremde Buch ein. In jedem Fall war dabei die Thätigkeit des Schuldners die Hauptsache (S. 39. 43. 49. 54—60.). Das arcarium nomen (Gelddarlehen) ist nur ein einzelner Fall des nomen factum, von anderen Fällen dadurch unterschieden, daß bei ihm allein die exceptio non numeratae pecuniae vorkommen konnte (S. 60—65.).

Nomen transcriptitium (Novation) stand wesentlich unter denselben Formen, wie das factum (S. 66—80.). Also auch hier die Gegenwart der Parteien erforderlich, nur mit der Einschränkung, daß bei der transcriptio a persona in personam der cedirte Schuldner und der Delegatar nicht gegenwärtig zu seyn brauchten; auf diesen einzelnen Fall soll sich beziehen Gajus III. 138 [1]).

[1]) Daß zu dieser eingeschränkten Erklärung der angeführten Stelle, bei Gajus selbst keine Veranlassung zu finden ist, wird der Verfasser nicht verkennen; er mußte dazu greifen, um seine Lehre von der Form

Diese ganze Darstellung muß ich für verwerflich erklären. Erstlich ist ein codex accepti et expensi, der zugleich ein Contractenbuch seyn soll, selbst mit gastlicher Beherbergung fremder Verträge, fast undenkbar, da der Hauptzweck, die Uebersicht der Einnahme und Ausgabe, mithin des Cassenbestandes, dadurch ganz verdunkelt und vereitelt wird. Dann aber ist für die angeblichen nomina facta, verschieden von den transcriptiis, in der Hauptstelle bei Gajus, nicht nur kein Zeugniß zu finden, sondern es ist dafür kein möglicher Raum vorhanden in dem System der Verträge; das wahre Element in diesem angeblichen nomen factum wird unten (§. 7.) bemerklich gemacht werden. Wenn es so war, wie Schüler annimmt, so konnte unmöglich Gajus so schreiben, wie wir es lesen. Nicht zu gedenken, daß in einer ganz deutlichen Stelle bei Cicero [1]) der Ausdruck nomina facit geradezu für einen Fall des transcriptitium nomen (a re in personam) gebraucht wird.

des Literalcontracts scheinbar zu retten. Gerade der Gebrauch unter Abwesenden war ja der einzige eigenthümliche Vortheil des nomen transcriptitium in Vergleichung mit der Stipulation, die außerdem viel bequemer und biegsamer, zugleich aber völlig eben so wirksam war, wie der Literalcontract.

[1]) De officiis III. 14. Vgl. System des heutigen R. R. V. 528.

Zwei Dinge haben den Verfasser zu diesen Erfindungen verleitet: die Rücksicht auf den Beweis, und der Wunsch, die Darstellung des Theophilus in allen ihren Theilen zu rechtfertigen (S. 96—98.). Von beiden wird noch weiter unten die Rede seyn.

Eine richtige und erhebliche Bemerkung in dieser Schrift scheint mir die, daß das Verschwinden der transcriptitia nomina deswegen keine fühlbare Lücke im Geschäftsverkehr zurück ließ, weil das constitutum dem praktischen Bedürfniß vollständig genügte (S. 83—88.); denn jeder einfache Briefwechsel unter Abwesenden, sobald er auf eine außerdem vorhandene Obligation sich gründet; kann nunmehr ein neues, klagbares Geschäft bilden. Und wie wichtig dieses Surrogat den Römern für den ganzen Geschäftsverkehr erschienen seyn muß, ist daraus zu schließen, daß sie das consitutum sogar durch eine höhere Sponsion zu schützen räthlich fanden, als die, wodurch die certa credita pecunia geschützt war. (Gajus IV. 171.). — Allein der Verfasser mischt dieser richtigen Bemerkung die grundlose Behauptung bei, daß dieses praktische Surrogat erst nach der Zeit des Gajus entstanden sey [1]).

[1]) Die Stelle des *Gajus* IV. §. 171. soll nicht auf das anderwärts bekannte constitutum gehen, weil dieses eine obligatio *certa* sey, Gajus aber es der pecunia certa entgegen setze. Allein er

§. 4. Ueber chirographum und syngrapha ist neuerlich eine sehr gründliche, befriedigende Untersuchung angestellt worden, die mich veranlaßt, meine frühere Darstellung wesentlich umzuändern [1]).

Syngrapha war im alt-Griechischen Recht nicht eine eigene Art von Verträgen, insbesondere kein Literalcontract, sondern die allgemeine Bezeichnung einer Vertragsurkunde überhaupt, welche Bedeutung das Wort mit vielen anderen, abwechselnd gebrauchten, Ausdrücken theilte. Eine besondere Form der Urkunde, insbesondere die gemeinschaftliche Abfassung durch beide Parteien, sollte damit nicht ausgedrückt werden. Die Römer fanden in ihren Griechischen Provinzen solche Urkunden vor, und zugleich den Rechtssatz, daß aus jeder Vertragsurkunde, ohne Rücksicht auf eine besondere Form, geklagt werden könne.

Chirographum heißt in Cicero's Zeit eine Handschrift, insbesondere eine von der betheiligten Person

setzt es gar nicht entgegen der pecunia *certa*, sondern der pecunia certa *credita*, welche doch gewiß von dem constitutum durchaus verschieden ist. — Der frühe Gebrauch des Constitutum erhellt übrigens unmittelbar aus Cicero pro Quinctio C. 5: „ita *constituit* Scapulis se daturum."

[1]) Gneist die formellen Verträge des neueren Römischen Obligationenrechts Berlin 1845. Hierher gehört besonders S. 331. 416. 475—492. 503—514.

eigenhändig geschriebene, aber ohne besondere Beziehung auf Rechtsgeschäfte. Erst vom zweiten Jahrhundert an bezeichnet das Wort gewöhnlich einen Schuldschein, jedoch ohne Beschränkung auf Darlehen. Nun werden beide Ausdrücke mehr und mehr gleichbedeutend gebraucht.

So stand der Sprachgebrauch und das Provinzialrecht zur Zeit des Gajus, und ich muß meine Erklärung der Stelle desselben (III. 134. chirographis et syngraphis für: *et quidem* syngraphis) nunmehr aufgeben. Es war also Provinzialrecht, daß aus jeder formlosen Schrift über einen Vertrag geklagt werden konnte, im Widerspruch mit der Römischen Rechtsregel. Allmälig assimilirte sich das provinzielle Recht dem Römischen, wozu die allgemeine Civität seit Caracalla viel beitrug.

Der unächte Asconius nimmt einen scharfen Unterschied an zwischen chirographum und syngrapha, und ihm bin ich früher mit Unrecht gefolgt. Ihn verleitete der Umstand, daß bei Cicero öfter mit schwerem Tadel von syngraphis gesprochen wird, und er suchte Dieses irrigerweise mit der Eigenthümlichkeit der syngrapha in Verbindung zu bringen, da es doch blos auf betrügliche Anwendungen derselben zu beziehen war, wie sie sich neben jeder Art von Verträgen denken lassen.

Schon Niebuhr hat aber bemerkt, und es ist seitdem noch vollständiger bewiesen worden, daß dieser angebliche Asconius frühestens dem vierten Jahrhundert angehört, und überhaupt gar nicht auf historische Autorität Anspruch machen kann.

§. 5. Diese letzte Bemerkung ist denn auch erheblich bei der Frage nach der Zeit, in welcher der Litteralcontract verschwunden ist. Der unächte Asconius bezeugt, daß die Hausbücher zu seiner Zeit nicht mehr geführt wurden, und er giebt als Ursache die Gefahr an, wodurch oft die Buchführer durch die Delatoren gesetzt wurden, welche sich der Hausbücher bedienten, um daraus Beweise für die Anklage wegen Majestätsverbrechen abzuleiten. Dann wäre schon im ersten Jahrhundert christlicher Zeitrechnung mit den Hausbüchern zugleich der darauf gegründete Literalcontract als ein allgemeines, für alle Römer zugängliches Rechtsgeschäft, verschwunden, und er hätte von dieser Zeit an dann nur noch ein sehr beschränktes Daseyn in den Büchern der Argentarien fortführen können.

Setzen wir nun aber den sogenannten Asconius um drei Jahrhunderte später, so konnte der Literalcontract noch lange und namentlich zur Zeit der großen Juristen, in alter Weise fortdauern [1].

[1] Gneist S. 513.

Dazu paßt die Stelle des Gajus über die transcriptitia nomina, worin diese als ein gangbares Rechtsgeschäft neben der Stipulation in solcher Weise aufgeführt werden, daß eine Beschränkung derselben auf die Bücher der Argentarien nicht ohne Zwang und Willkür in diese Stelle hinein gedacht werden könnte.

Die Sitte der Hausbücher, und mit ihnen der Literalcontract, mag allmälig verschwunden seyn, so wie sich überhaupt die alten Gewohnheiten der Römischen Stadtbürger nach und nach umbildeten, wozu gewiß die immer mehr verbreitete Civität nicht wenig beitrug. Einigen Antheil mag daran auch die von dem sogenannten Asconius erwähnte Furcht vor den Delatoren gehabt haben. Ganz besonders aber ist dabei der schon oben (§. 3.) erwähnte Umstand zu beachten, daß das constitutum alle praktischen Vortheile des alten Literalcontracts vollständig gewährte, und doch ein bequemeres, biegsameres, formloseres Rechtsgeschäft war, anstatt daß dem alten Literalcontract eine gewisse Schwerfälligkeit unverkennbar anhing.

§. 6. Eine große Schwierigkeit bleibt noch immer zurück in der Stelle des Theophilus über den Literalcontract, die mit der von Gajus dargestellten Natur des Literalcontracts (besonders unter

Abwesenden) gewiß nicht zu vereinigen ist. Es ist neuerlich tadelnd hervorgehoben worden, wie anmaßend es sey, die Sache besser verstehen zu wollen, als dieser große Rechtsgelehrte, der die alte juristische Literatur vollständig vor sich hatte, anstatt daß wir dieselbe blos aus mangelhaften Fragmenten kennen [1]). Daß Theophilus reicher, als wir, an literarischen Quellen war, wird wohl Niemand bezweifeln. Die Anschauung des wirklichen Geschäftslebens aber kam ihm so wenig, als uns, bei dem alten Literalcontract zu Statten, da die Hausbücher in der alt-Römischen Weise, und mit der daran geknüpften Wirksamkeit der nomina, in den Griechischen Provinzen schwerlich je eingebürgert waren, im sechsten Jahrhundert aber überall aufgehört hatten. Ein besonders tief gehendes kritisch-historisches Interesse ihm zuzuschreiben, haben wir keinen Grund. Auch hatte vielleicht keiner der alten Juristen je das Bedürfniß empfunden, in seinen Schriften eine genaue Beschreibung der Einrichtung der Hausbücher niederzulegen zur Belehrung für Zeiten, in welchen die Führung solcher Bücher etwa verschwunden seyn würde.

Im wirklichen Leben nun hatte sich die Sache in den Griechischen Provinzen so gestaltet, daß neben

[1]) Schüler S. 97.

dem formlosen schriftlichen Vertrag, der an und für sich klagbar war (der syngrapha, s. o. §. 4.) die Römische Stipulation immer mehr Eingang fand. Beide Geschäftsformen wurden dann immer häufiger durch schriftlich aufgezeichnete Stipulationen verschmolzen, worauf schon die Stelle des Gajus hindeutet, und worin gewissermaßen jede Nationalität ihre Sitte wieder finden konnte. Diese Form gewährte zugleich den Vortheil eines sicheren Beweises [1]). Wenn wir nun annehmen, daß Theophilus diese damals allgemein übliche Geschäftsform in den längst verschwundenen alt-Römischen Literalcontract hinein trug, so glauben wir damit weder seiner Ehre zu nahe zu treten, noch etwas Unwahrscheinliches zu behaupten. Eine ursprüngliche Verbindung der mündlichen und schriftlichen Form, wie sie aus den Worten des Theophilus hervorzugehen scheint, stimmt weder mit der Beschreibung des Gajus überein, noch mit dessen besonders wichtiger Angabe, daß der Literalcontract auch zwischen abwesenden Personen geschlossen werden konnte.

§. 7. Nach Gajus pflegt man anzunehmen,

[1]) Dahin gehört auch die Präsumtion, nach welcher bei einer schriftlich bezeugten Bürgschaft die Formen der verborum obligatio als richtig beobachtet angenommen werden sollten. *L.* 30. *de V. O.*, §. 8. *J. de fidejuss.*

daß das transcriptitium nomen nur als Novation, d. h. als Umbildung einer schon bestehenden anderen Obligation, gedacht werden dürfe.

Dagegen ist zuvörderst zu bemerken, daß zwar die Fälle, die Gajus angiebt, wahre Novationen sind, daß er sie aber nur als erläuternde Beispiele angiebt [1]).

Ich glaube nun allerdings, daß eine Anwendung des Literalcontracts noch in zwei anderen Richtungen, verschieden von der Novation, angenommen werden kann.

Erstens zu künftigen Verwendungen. Wenn ein Römer in Neapel ein Haus bauen und dazu einem Neapolitaner Auftrag geben wollte, so konnte er ihm etwa 1000 baar überschicken, damit nach und nach die einzelnen Bau-Rechnungen bezahlt und am Ende Rechnung über das Geld abgelegt würde. Anstatt der baaren Sendung aber konnte er ihm auch gestatten, für 1000 eine expensilatio auf ihn

[1]) Gajus III. §. 129. „*veluti* si id quod ex emtionis causa ... mihi debeas, id expensum tibi tulero.“ Und eben so nachher nochmals bei a persona in personam. Auch giebt er in der That nur einzelne Beispiele an, und nennt nicht die Novation im Allgemeinen. Allerdings steht auch im Anfang des §. 128: „Litteris obligatio fit *veluti* in nominibus transcripticiis; Dieses aber erklärt sich aus dem Gegensatz des §. 134.

(den Römer) in das Hausbuch zu schreiben [1]), wodurch er sogleich dessen Schuldner auf 1000 wurde. Für die entsprechende acceptilatio in demselben Buch wird sich dann schon eine entsprechende Form gefunden haben. Man könnte nun zwar sagen, das sey ja eine Novation gewesen für die künftige actio mandati contraria. Allerdings kamen Novationen vor auch für künftige Forderungen, also in der Gestalt bedingter Rechtsgeschäfte [2]). Allein gerade die expensilatio ließ keine Bedingung zu [3]). Daher war in dem angeführten Fall die expensilatio gleich einer unbedingten Baarzahlung, also verschieden von einer Novation, obgleich in Erwartung künftiger Abrechnungen, die durch gegenseitige mandati actiones sicher bewirkt werden konnten. — Eben dahin gehört nun auch die schon oben angeführte Stelle des Cicero [4]).

Zweitens aber scheint es mir auch unbedenklich, daß die expensilatio eben so gut, als die Sti-

[1]) Wir würden das Geschäft so fassen, daß der Neapolitaner auf den Römer einen Wechsel von 1000 zöge.

[2]) *L.* 8. §. 1. 2. *de nov.* (46. 2.)

[3]) *Vat. fragm.* §. 329. „Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum *vel expensum fertur.*" Das acceptum fertur geht hier auf das mündliche Geschäft, Auflösung einer Stipulation.

[4]) ad Att. lib. 4. ep. 18, s. o. S. 224.

pulation, zu einer Schenkung verwendet werden konnte, wozu es an einer entsprechenden Form der acceptilatio auf gleiche Summe nicht gefehlt haben wird [1]). Eine solche Schenkung war dann vollgültig nur unter personae exceptae, dagegen der exceptio legis Cinciae ausgesetzt unter fremden Personen. Alles wie es bei der Stipulation ausdrücklich bezeugt wird [2]).

Der Grund, der sonst wohl aus der Benennung *tran*scriptitium nomen angeführt wird, um zu beweisen, daß es nur als Novation zu denken sey, wird durch die von Keller angegebene andere Herleitung dieser Benennung (§. 2.) beseitigt, indem der Ausdruck transcriptio nicht auf die Verwandlung einer Obligation in die andere, sondern auf das Umschreiben eines Postens aus dem acceptum in einen gleich hohen Posten als expensum zu beziehen ist.

Will man nun diese außer der Novation liegenden Anwendungen der expensilatio als das von Schüler angenommene nomen factum ansehen (§. 3.), so würde dabei nur zu bedenken seyn, daß der Römische Sprachgebrauch damit nicht übereinstimmt (S. 243. Note 6). Auch ist wohl zu bemerken, daß die von mir behaupteten Fälle des Literalcontracts außer der

[1]) System des heutigen R. R., B. 4. §. 157. e.

[2]) Vat. fragm. §. 310. 311.

Novation gewiß nur selten und unbedeutend waren in Vergleichung mit den Fällen, worin er eine wahre Novation enthielt.

§. 8. Mit der zuletzt aufgestellten Behauptung steht in Zusammenhang folgende merkwürdige, etwas räthselhafte, Erzählung bei Valerius Maximus (VIII. 2. §. 2.). C. Visellius Varro lebte im unzüchtigen Umgang mit Otacilia, einer freien Frau. In einer schweren Krankheit wollte er dieser Frau unter der Form einer Schenkung von Todes wegen 300000 Sesterze (15000 Thaler) zuwenden, und gestattete ihr deshalb, in ihrem Hausbuch eine expensilatio von 300000 auf ihn einzuschreiben, damit sie diese Summe nach seinem Tode von den Erben einklagen könne. Er starb nicht; Otacilia verklagte nun ihn selbst aus dem nomen; C. Aquilius wurde zum Judex ernannt, zog die angesehensten Römer zu Rathe, und sprach dann den Beklagten frei. So weit geht die Erzählung.

Für diese Freisprechung lassen sich folgende ganz verschiedene Gründe denken.

a) Die Unmöglichkeit, eine Schenkung durch Litteralcontract zu bewirken. Unter dieser Voraussetzung würde die Stelle gegen meine Annahme (§. 7.) beweisen. Diese Erklärung aber paßt nicht zu der augenscheinlich sittlichen Färbung,

die der Erzählung gegeben wird [1]). Auch wird die Sache als zweifelhaft dargestellt; so konnte aber ein entschiedener Formfehler (wenn es ein solcher war) nicht wohl aufgefaßt werden. Verwirft man nun diese Erklärung der Freisprechung, so wird durch die vorliegende Stelle meine Annahme vielmehr bestätigt.

b) Die doli exceptio wegen der turpis causa. Diese war in der That begründet, weil für jede turpis causa die Regel gilt, possessorem potiorem esse, d. h. der Kläger müsse stets abgewiesen werden [2]).

c) Die doli exceptio, weil die als mortis causa donatio gemeinte Schenkung gegen den wiederhergestellten Schenker selbst geltend gemacht werden sollte. Auch diese war gewiß begründet [3]).

d) Die exceptio legis Cinciae. Auch diese war begründet (s. o. Note 2. S. 253.), weil eine Beischläferin gewiß nicht unter die personae exceptae gehörte.

§. 9. Ein großer Theil der in dieser Lehre herrschenden Mißverständnisse gründet sich auf die

[1]) „Nunc privatae actionis calumniam ipse compescuit."

[2]) *L.* 8. *de cond. ob turpem* (12. 5.).

[3]) *L.* 4. §. 1. *de doli exc.* (44. 4.).

stete Einmischung der für den Beweis möglichen Zweifel und Schwierigkeiten, obgleich diese eben so wenig hierher gehören, als in die Lehre von der Stipulation, die ja an sich, ihrem reinen Begriff nach, noch hülfloser für den Beweis ist, als das nomen, und an deren voller Kraft und Wirksamkeit dennoch Niemand zweifelt. Wer bei der Stipulation um den künftigen Beweis besorgt war, konnte und mußte sich helfen durch Zeugen oder Urkunden oder Beides. Solche Mittel aber waren auch neben dem Literalcontract anwendbar. Wurde derselbe unter Anwesenden geschlossen, so konnten beide Bücher zusammen getragen werden, wodurch sich beide Theile von der gleichzeitigen und übereinstimmenden Eintragung überzeugen konnten; zugleich konnten Zeugen zugezogen werden. Ob dieses Verfahren üblich und häufig war, das wissen wir nicht.

Wurde der Vertrag unter Abwesenden geschlossen, welches sicher die häufigste und eigenthümlichste Anwendung war, so wird der Schuldner seine (ohnehin unentbehrliche, aber an keine Form gebundene) Einwilligung in die expensilatio gewöhnlich durch einen Brief ausgesprochen haben, und Nichts hinderte den Glaubiger, diesen Brief, als künftiges Beweismittel für den möglichen Rechtsstreit, aufzube-

wahren, vielleicht auch dem Codex beizulegen, anzuheften, etwa durch ein Siegel beizufügen [1]).

In keinem Fall aber kann diese Schwierigkeit es rechtfertigen, wenn zu ihrer Beseitigung eine Einrichtung der Hausbücher ersonnen werden soll, nach welcher die vollständigen Verträge in die Bücher aufgenommen, und von der Hand des Gegners geschrieben oder unterschrieben worden wären, welche Einrichtung durch kein Zeugniß bestätigt wird, ja mit den vorhandenen Zeugnissen unvereinbar scheint (§. 3.).

Es ist dabei öfter behauptet worden, die Schwierigkeit des Beweises sey in den älteren Zeiten beseitigt worden durch Treue und Glauben, und man hat darauf erwiedert, das beweise zu viel, weil neben Treue und Glauben weder Vertragsformen, noch

[1]) Darauf könnte bezogen werden der unächte Asconius in Verr. I. 23. nach der Leseart: „Sed postquam *assignandis* literis reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, . . haec vetus consuetudo cessavit.“ Dieses ist die Leseart der älteren Ausgaben, z. B. der Aldiner von 1522, in 8o. und der Hagenauer Folio-Ausgabe s. a.; die neueren lesen obsignandis. Ein eigentlicher Beweis freilich soll auf diese Stelle nicht gegründet werden. Die Leseart assignandis giebt wenigstens den guten Sinn, daß jeder Römer in Gefahr kommen konnte, aus seinem eigenen Hausbuch verurtheilt zu werden, wenn er demselben etwa Briefe solcher Personen angeheftet hatte, die späterhin als Majestätsverbrecher in Untersuchung kamen, und deren Verbindung mit ihm aus jenen Briefen hervorging.

Prozesse und Richter nöthig seyen. Dabei scheint folgende Verwechslung zum Grunde zu liegen. Man kann einem Gegner manche Unzuverlässigkeit zutrauen, und sich dagegen durch Vertragsformen zu schützen suchen. Von bloßer Unzuverlässigkeit aber bis zur Ableugnung eigener Handlungen und Willenserklärungen ist noch ein weiter Schritt, und man kann oft geglaubt haben, gegen diese Ableugnungen völlig sicher zu seyn, während man doch in anderer Beziehung einen Rechtsstreit für möglich hielt; wobei noch besonders zu bedenken ist, daß das Geschäft einer expensilatio gewiß nicht mit jedem unbekannten Gegner geschlossen seyn wird, sondern nur mit solchen Personen, von welchen man wußte, daß sie gleichfalls ordentliche Hausbücher führten, und eine bürgerliche Ehre zu wahren hatten.

§. 10. Es kann auffallen, daß Gajus die arcaria nomina von den transcriptitia so scharf unterscheidet, da doch beide die Hauptwirkung einer certi condictio mit einander gemein haben. Die praktische Bedeutung dieser scharfen Trennung scheint darin zu liegen, daß die eigenthümlichen Folgen des Gelddarlehns (wie die körperliche Haft und das Sc. Macedonianum) nicht sollten durch die expensilatio als absorbirt angesehen werden [1]).

[1]) Der Unterschied wird von Gajus wörtlich darin gesetzt, daß

Dagegen kann ich es nicht als richtig anerkennen, wenn Schüler behauptet (s. o. §. 3.), das Eigenthümliche des arcarium nomen liege in der hier allein anwendbaren exceptio non numeratae pecuniae. Diese war eine gewöhnliche doli exceptio gegen die certi condictio aus einer Geldstipulation, welche in irriger Voraussetzung eines empfangenen Darlehns geschlossen war. Ganz dieselbe Exception

das transcriptitium nomen eine selbstständige Obligation erzeuge, anstatt daß bei dem arcarium lediglich die re contracta obligatio für sich wirke, gerade wie wenn sie nicht eingetragen wäre, so daß hier die Eintragung nur etwa einen Beitrag zum Beweis liefere (testimonium praebere). Dieses ist zugleich gesagt im Gegensatz einer mit dem Darlehen willkürlich verbundenen Stipulation, für welchen Fall die entgegengesetzten Ausdrücke passend seyn würden. Denn wenn Stipulation und Darlehen mit einander verbunden werden, so entsteht nur eine einzige Obligation, und zwar eine verborum obligatio (*L.* 6. §. 1. *L.* 7. *de nov.* 46. 2. *L.* 126. §. 2. *de v. o.* 45. 1). Daher lag in dieser Verbindung eine Milderung des Darlehens durch Ausschließung der persönlichen Haft, woraus sich die seltnere Erwähnung der Haft in späterer Zeit erklärt. Man könnte glauben, durch die Stipulation neben dem Darlehen oder nach demselben (durch Novation) wäre daher auch das Sc. Macedonianum ausgeschlossen gewesen. Allein diese Ausschließung, selbst wenn man sie beabsichtigt hätte, wäre in fraudem Scti, also unwirksam gewesen, da dessen Vorschrift von Privatwillkür unabhängig war. *L.* 3. §. 3. 4. *L.* 6. *de Sc. Mac.* (14. 6.). Der Unterschied zwischen der Stipulation und der Eintragung in das Hausbuch lag nun noch darin, daß jene willkürlich angewendet oder weggelassen werden konnte, anstatt daß die Eintragung allgemein und nothwendig erfolgte. Wäre also das Gelddarlehen durch die Eintragung (das arcarium nomen) absorbirt worden, so hätte das Gelddarlehen als solches niemals erscheinen und in seiner eigenthümlichen Natur wirken können.

war gewiß zuläßig gegen die Klage aus einer expensilatio wegen eines verwandelten Kaufpreises, wenn der vorausgesetzte Kaufvertrag gar nicht geschlossen oder völlig ungültig war. Eine eigenthümliche Natur hat die exceptio non numeratae pecuniae erst erhalten, seitdem man annahm, daß Schuldscheine eine Zeit lang nicht die sonst den Urkunden zukommende selbstständige Beweiskraft haben sollten; diese Prozeßvorschrift aber gehört gar nicht hieher.

Schüler scheint zu jener Behauptung veranlaßt zu seyn durch Gajus III. §. 131., welche Stelle allerdings auf den ersten Blick so aussieht, als wollte sie die exceptio non numeratae pecuniae für etwas Besonderes bei dem Gelddarlehen erklären, gleich als ob eine ähnliche Exception bei anderen Expensilationen nicht zuläßig wäre. Genau angesehen aber, sagt sie vielmehr das Gegentheil, nämlich in dem Sinn, daß es bei der Klage aus einem arcarium nomen einer Exception gar nicht bedarf, sondern die bloße Verneinung genügt, gerade so, wie wenn aus einem Darlehen geklagt wurde, das gar nicht eingetragen war, etwa weil der Kläger überhaupt kein Hausbuch führte. Diese Unterscheidung aber war praktisch von großer Wichtigkeit. Die exceptio non numeratae pecuniae, sowie jede wahre Exception, konnte gegen die certi condictio nur benutzt werden,

wenn sie vor dem Prätor vorgebracht und in die Formel aufgenommen war; so war es, wenn aus der Stipulation wegen eines Darlehens geklagt wurde. Die bloße Verneinung gegen die certi condictio aus einem nicht eingetragenen Darlehen stand nie in der Formel, und konnte also auch vor dem Judex zuerst erwähnt werden. Eben so nun wurde es gehalten bei der Klage aus dem arcarium nomen, wie Gajus sagt.

X.

Beitrag zur Geschichte der Geschlechtstutel.

Die erste Ausgabe dieser Abhandlung findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 3. Heft 3. 1817. Num. X. S. 328—348. Sie war veranlaßt durch die in der Zeitschrift unmittelbar voran gedruckte Abhandlung des Herrn D. F. L. Hoffmann: Versuch, eine Stelle des Cicero, Topicor. Cap. 4, zu erklären.

Seit dieser Zeit sind nun die Institutionen des Gajus entdeckt worden, und dadurch hat sich neues Licht über diese Lehre verbreitet. Ich habe daraus zu vielen einzelnen Stellen der Abhandlung Noten, theils zur Bestätigung, theils zur Berichtigung des früheren Textes, hinzugefügt. Hauptsächlich aber habe ich am Schluß einen Nachtrag folgen lassen, welcher die Untersuchung im Ganzen zum Gegenstand hat, und wodurch meine frühere Ansicht derselben wesentlich berichtigt wird.

Was bisher zur Erläuterung einer Stelle des Cicero über die Testamente der Frauen [1]) gesagt worden war, hatte der Dunkelheit dieser Stelle wenig abgeholfen [2]). Der vorstehenden Abhandlung gebührt das Verdienst, zuerst einen gründlicheren Weg hierin eingeschlagen zu haben. Alles, was zur Erklärung der Stelle gehört, ist darin, wie ich glaube, entweder wirklich enthalten, oder doch angedeutet, und wenn es mir gelingen sollte, im gegenwärtigen Aufsatz die Sache weiter zu führen, so darf Dieses blos als weitere Entwicklung und Vervollständigung jener Ansicht betrachtet werden.

Der wörtliche Inhalt der Stelle ist dieser: das Testament einer Frau ohne capitis deminutio werde vom Prätor nicht als gültig behandelt, da er sonst der Consequenz wegen auch die Testamente der Sklaven, der Verbannten, der Unmündigen, anerkennen müßte.

Buchstäblich genommen, widerspricht diese Stelle der Behauptung des Ulpian, daß alle mündigen Frauen (also auch die, welche keine capitis deminutio erlitten haben) testiren können, wenn ihr Vor=

[1]) *Ciceronis* top. Cap. 4.

[2]) Besonders unbefriedigend ist ein eigenes Programm über die Stelle: *Küstner* de testamento feminae etc. Lips. 1768.

mund die auctoritas ertheile [1]). Eben so widerspricht sie einer Stelle des Livius (XXXIX. 9.), nach welcher eine Frau, die ohne Zweifel keine capitis deminutio erlitten hatte, dennoch ein Testament machte. Diese Widersprüche zu lösen, kann man einen doppelten Weg einschlagen: man kann eine Aenderung des Rechts in der Zwischenzeit annehmen (was aber immer nur gegen Ulpian, nicht gegen Livius, sicher stellen würde), oder aber Cicero's Worte weniger buchstäblich deuten.

Den ersten Weg hat der Verfasser des vorstehenden Aufsatzes eingeschlagen. Er nimmt an, zu Cicero's Zeit sey es in den meisten und wichtigsten Fällen den Frauen ganz unmöglich gewesen, zu testiren. Unmöglich sey es gewesen, wenn sie unter einer tutela legitima oder testamentaria standen, möglich bei dem Vormund, den der Prätor gab (wie in dem Fall bei Livius), oder den die Frau selbst erwählte. Aber eben diese letzten Fälle seyen fast nur (mit seltenen Ausnahmen nämlich) durch capitis deminutio möglich gewesen, und darauf gehe der Satz des Cicero, daß nur capitis deminutio den Frauen

[1]) *Ulpian.* XX. 15. „Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint.“

das Recht, zu testiren, verschaffe. Zur Zeit des Ulpian sey Dieses anders gewesen.

Allein diese Annahme von zwei in den Wirkungen völlig verschiedenen Arten der Geschlechtstutel, einer strengen und einer laxen, ist nicht nur unbegründet, sondern sehr unwahrscheinlich. Gab es nämlich jemals einen solchen Unterschied, so konnte er wohl zu Ulpian's Zeit nicht völlig verschwunden seyn. Denn da die tutela legitima des Patrons zu dieser Zeit gewiß noch fortdauerte (Ulpian, XI. 8.), so mußte wenigstens in dieser noch ein Ueberrest der alten strengen Gattung vorhanden seyn, so daß die strenge Gattung damals zwar seltener geworden, aber nicht ganz verschwunden seyn konnte. Nun läßt sich aber mit Ulpian's Darstellung die Unterscheidung solcher zwei Gattungen der Geschlechtstutel durchaus nicht vereinigen. Er giebt nämlich die Rechte dieser Tutel ausführlich und ohne alle Unterscheidung an (XI. 27.), so daß diese Rechte nach ihm bei jeder Geschlechtstutel angenommen werden müssen. Eben so läßt er, wie schon oben bemerkt worden, bei allen mündigen Frauen, auch wenn sie unter Tutel stehen, Testamente zu, da doch nach jener Meinung die freigelassenen Frauen wegen der strengen tutela legitima des Patrons keine Testamente hätten machen dürfen. Eben so sind auch

einige Stellen des Cicero dieser Ansicht nicht günstig. Es kommen darin Regeln vor über die Fälle, in welchen eine Frau des Tutors bedürfe oder nicht bedürfe, und diese Regeln stimmen nicht nur überhaupt mit der angeführten Stelle des Ulpian überein (widerstreiten also einer Aenderung in der Zwischenzeit), sondern sie unterscheiden auch eben so wenig, als Ulpian, zwischen einer strengen und laxen Geschlechtstutel [1]). Aus diesen Gründen also muß wohl angenommen werden, daß das Recht des Geschlechtsvormundes niemals in verschiedenartiger Ausdehnung vorgekommen ist; auch daß sich die Ausdehnung desselben im Lauf der Zeit nicht geändert hat. Alle Aenderung bestand vielmehr nur darin, daß theils eine Art der Entstehung dieser Vormundschaft (die tutela legitima nämlich) zum Vortheil der übrigen beschränkt ward, theils aber viele Frauen von aller Vormundschaft überhaupt befreit wurden.

Es bleibt also zur Erklärung der Stelle der Topik nur der zweite Weg übrig, nach welchem die Stelle nicht ganz buchstäblich zu nehmen, sondern

[1]) *Cicero* top. Cap. 11. pro Caecina Cap. 25. pro Flacco Cap. 34. 35. Nur in der letzten Stelle wird, wie es scheint, eine der tutela legitima eigenthümliche Regel aufgestellt; aber gerade diese Regel betrifft nicht sowohl das Bedürfniß der auctoritas, als die Ausschließung der Usucapion, wovon hier nicht die Rede ist.

vielmehr so zu erklären ist: das Testament einer Frau muß mit auctoritas des Vormundes gemacht seyn; fehlt diese auctoritas, so ist das Testament ungültig. Und für diese Erklärung, nach welcher die Stelle mit Ulpian (XX. 15.) ganz übereinstimmt, spricht denn auch die sehr achtbare Auctorität des Boethius [1]). Allein bei dieser Erklärung bleiben zwei große Schwierigkeiten zu lösen übrig: Wie kam Cicero zu dem seltsamen Ausdruck jenes Satzes? Und was konnte hierin die capitis deminutio ändern? Ich will es versuchen, diese Schwierigkeiten zu lösen.

Die tutela legitima über Frauen gebührte, wenn sie frei geboren waren, den Agnaten und Gentilen [2]), bei Freigelassenen dem Patron. In allen diesen Fällen konnte ohne Zweifel die Frau ein Testament

[1]) *Boethius* in top. lib. 2. ,,Quaedam igitur . . . si *non tutoris auctoritate* testamentum fecit, quaeritur an . . . debeat dari possessio.“ [Diese Stelle scheint geschrieben im Hinblick auf die ziemlich gleichlautende Stelle des Gajus II. §. 121.]

[2]) Die Tutel der Gentilen ist sehr wahrscheinlich, theils, weil überhaupt die tutela legitima an die Intestaterbfolge geknüpft ist, theils nach der Analogie der cura furiosi, welche nach ausdrücklichen Zeugnissen den Gentilen zukam. (*Cicero* de invent. II. 50. *Varro* de re rust. I. 2. *Columella* I. 3.) [Dazu kommt jetzt noch Gajus III. §. 17., wo er bei der alten Intestaterbfolge der Gentilen auf seine Erwähnung des Gentilenrechts im ersten Commentarius verweis't. Diese Erwähnung muß vorgekommen seyn bei der legitima tutela, also in der unlesbaren Stelle hinter I. §. 164.]

machen, wenn ihr Vormund es genehmigte; allein da dieser Vormund zugleich der nächste Intestaterbe war, also gerade Der, welcher durch das Testament verlor, so mochte wohl eine solche auctoritas so ganz ungewöhnlich seyn, daß man ohne praktischen Irrthum sagen konnte: Frauen, die in einer tutela legitima stehen, können kein Testament machen.

Freilich paßt diese Erklärung lediglich auf die tutela legitima, indem jeder andere Vormund der Frau keine Hoffnung auf ihre Intestaterbfolge hatte, also auch kein Interesse, ihr Testament durch Verweigerung der auctoritas zu hindern. Es fragt sich also, welche andere Arten von Vormündern bei Frauen vorkamen. Gewöhnlich nimmt man hier dieselben Entstehungsgründe an, wie bei Unmündigen, also: 1) Testament, 2) Agnation und Patronat, 3) Ernennung durch die Obrigkeit. Unsere Erklärung paßt blos auf den zweiten dieser Fälle; wie sind also die zwei anderen damit zu vereinigen? Zwar der dritte macht weniger Schwierigkeit; denn es waren gewiß immer nur seltenere, ausgenommene Fälle, in welchen eine Frau gar keine Agnaten, noch Gentilen hatte, und diese seltneren Fälle konnte Cicero in unsrer Stelle ganz absichtlich mit Stillschweigen übergehen, indem es ihm blos darauf ankam, die Regel aufzustellen und dieselbe aus ande-

ren verwandten Sätzen abzuleiten. Ganz anders steht es mit der testamentarischen Tutel, und wenn diese in der That, so wie bei Unmündigen, auch bei den Frauen die erste und wichtigste Stelle einnahm, so läßt sich unsre Stelle gar nicht erklären; denn der testamentarische Vormund einer Frau hatte, wie gesagt, kein Interesse dabei, ob sie ein Testament machte, oder ohne Testament starb. Eben deshalb aber bin ich geneigt, anzunehmen, daß die Geschlechtstutel gar nicht durch Testament vergeben werden konnte [1]). Zwar kann gegen diese Annahme das gänzliche Stillschweigen Ulpian's angeführt werden; dagegen spricht für dieselbe der ganze Zweck der Geschlechtstutel. Die Tutel der Unmündigen nämlich war hauptsächlich auf die Sicherheit des Mündels selbst berechnet, und dazu paßte es sehr gut, daß das vorsorgende Urtheil des Vaters jeden andern Entstehungsgrund der Tutel überwog. Aber die Geschlechtstutel sollte vor Allem den willkürlichen Uebergang des Vermögens in fremde Familien beschränken [2]), und dazu paßte die freie Verfügung

[1]) [Diese Behauptung ist nunmehr völlig widerlegt durch Gajus I. §. 145. 148.]

[2]) Daß Dieses, und nicht das Wohl der Frau selbst, die etwa gegen ihren eigenen Leichtsinn in Schutz genommen werden sollte, der Hauptzweck war, scheint mir besonders aus folgendem Grunde gewiß. Die

des Vaters ganz und gar nicht. Auch eine sehr bekannte Stelle des Livius (XXXIV. 2.) unterstützt noch diese Meinung: „Majores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt; in manu esse *parentum, fratrum, virorum.*" Offenbar sollte hier die dreifache Gewalt bezeichnet werden, unter welcher die Frauen lebten: die des Vaters, des Vormundes, und des Ehemannes. Als Vormünder sind hier nur die Brüder genannt, d. h. die nächsten möglichen Agnaten, und diese können in der That recht gut als Repräsentanten aller übrigen Vormünder dienen, wenn die erste Stelle der tutela legitima, aber nicht, wenn sie, so wie bei den Unmündigen, der testamentarischen Tutel gebührte.

Frau hatte für ihre Person kein innigeres Verhältniß, als das zu ihrem Manne und ihren Kindern, und es war gewiß nicht Leichtsinn, wenn sie diesen vorzugsweise ihr Vermögen zuzuwenden suchte. Aber die tutela legitima machte Dieses von der Willkür der Agnaten abhängig, deren Interesse es war, jede solche Veräußerung oder Erbeinsetzung zu hindern. Also war wenigstens die tutela legitima gewiß nicht auf den eigenen wahren Vortheil der Frau berechnet. Cicero und Ulpian geben die infirmitas consilii, die sexus infirmitas (außer der Geschäftsunkunde) als Grund an (pro Mur. 12. Ulp. XI. 1.), und damit steht jene Ansicht gar nicht im Widerspruch: die Familie nämlich war es, die gegen die infirmitas vorzugsweise geschützt werden sollte. Daß auch noch andere Zwecke zugleich dadurch erreicht werden sollten, wird dadurch nicht ausgeschlossen. [Eine unmittelbare Bestätigung der hier aufgestellten Behauptung findet sich nunmehr bei GAJUS I. §. 190. 192.]

Also Cicero wollte sagen: Frauen können in der Regel keine Testamente machen, weil sie dazu die auctoritas des Vormundes brauchen, die Agnaten aber und der Patron, welchen diese Vormundschaft zusteht, niemals einwilligen. Allein er deutet zugleich darauf hin, daß es anders sei, wenn die Frau eine capitis deminutio erlitten habe; diese capitis deminutio ist, wie schon Boethius richtig erklärt, nichts Anderes, als die strenge Ehe, wodurch die Frau als Tochter in die väterliche Gewalt des Ehemannes kam. Aber wie diese capitis deminutio ein Testament möglich machen konnte, darin eben liegt die Hauptschwierigkeit.

So lange nämlich die Gewalt des Mannes fortdauerte, konnte die Frau gewiß nicht testiren [1]), also kann nur die Rede seyn von dem Fall, da diese Gewalt wieder aufgehört hatte, d. h. es ist die Rede hauptsächlich von der Wittwe, die in der strengen Ehe gelebt hatte; diese sollte testiren können.

Hierin nun würde Alles leicht begreiflich seyn, wenn man annehmen dürfte, eine solche Frau, die einmal in der strengen Ehe gelebt hatte, sey nun

[1]) Sie konnte nicht testiren aus demselben Grunde, aus welchem es einem eigentlichen filius familias unmöglich war, weil sie nämlich kein Vermögen zu hinterlassen hatte. Dieses ist so einleuchtend, daß man kaum begreift, wie dennoch Cujacius (obs. VII. 11.) das Gegentheil behaupten kann.

frei von aller Tutel gewesen. Allein für diese Annahme fehlt es ganz an Beweisen [1]); ja es ist sogar ein sehr starkes Zeugniß gegen dieselbe vorhanden. Die tutoris optio nämlich konnte einer Frau, wie unten gezeigt werden wird, durch das Testament ihres Ehemannes gestattet werden. Ein solcher Tutor also wurde gerade von einer Wittwe erwählt, die einmal in der strengen Ehe gelebt hatte; folglich war mit diesem Zustand keineswegs gänzliche Befreiung von der Tutel verbunden. Soll nun dennoch, wie Cicero andeutet, eine solche Wittwe vor anderen Frauen fähig gewesen seyn, ein Testament zu machen, so muß der Grund in der Art der Tutel liegen, unter welcher sie lebte; durch diese Art der Tutel mußte ihr ein höherer Grad von Freiheit gewährt seyn, als andere Frauen zu genießen pflegten. An sich nämlich hätte es sich wohl denken

[1]) Zwar scheint ein solcher Beweis zu liegen in einer bekannten Stelle des Ulpian (XI. 28.): „Feminae autem tutela liberantur *quae in manum viri convenerunt.*" Diese Worte nämlich könnten an sich bezogen werden sowohl auf die Zeit der dauernden Ehe, als auf den Wittwenstand. Nach der ersten Erklärung nun wäre der Satz unläugbar wahr, aber auch zugleich so trivial, daß man ihn in dieser Schrift kaum erwarten dürfte; es würde daher die zweite Erklärung als die wahrscheinlichere anzunehmen seyn. Allein in der That ist jede Erklärung unnütz, da der Text selbst gar nicht existirt; die cursiv gedruckten Worte nämlich sind aus der Aurebanischen Handschrift, d. h., sie enthalten eine bloße Conjectur, und können nicht als historisches Zeugniß gelten.

lassen, daß eine solche Wittwe so gut, als jede andere Frau, in der tutela legitima ihrer Agnaten gestanden hätte; ihre nächsten Agnaten nämlich waren ihre eigenen Kinder und ihre Stiefkinder [1]). Aber eben wegen dieser unnatürlichen Abhängigkeit der Mutter von den Kindern scheint man für diesen Fall die tutela legitima gar nicht zugelassen zu haben, so daß nun stets die Obrigkeit der Frau einen Vormund geben mußte. Ein solcher obrigkeitlicher Vormund aber hatte, wie oben bemerkt, kein Interesse, die Frau von einem Testament abzuhalten, also konnten bei solchen Wittwen regelmäßig Testamente vorkommen, während sie bei anderen Frauen nur in seltenen Ausnahmen möglich waren; und daraus erklärt sich nun, warum Cicero sagt: „si ea mulier testamentum fecit, *quae se capite nunquam diminuit.*"

Also schon die regelmäßige Ernennung des Vormundes durch die Obrigkeit erklärt es hinreichend, wie solche Wittwen Testamente machen konnten; eben so einleuchtend, und sogar noch einleuchtender, wird diese Möglichkeit, wenn sie selbst sich ihren Vormund erwählten. Dazu nämlich konnten sie

[1]) *Coll. LL. Rom. et Mos.* XVI. 6: „Consanguineos et adoptio facit, et adrogatio, et causae probatio, et *in manum conventio.*" Eben so XVI. 2.

fähig gemacht werden durch das Testament ihres Ehemannes nach der bekannten Stelle des Livius[1]), und eben darauf wird mit Recht bezogen die Stelle des Cicero (pro Murena Cap. 12.): „Mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.“ Dieser Gegensatz hat offenbar folgenden Sinn: nach alter Einrichtung sollten die Frauen stets von ihren Vormündern abhängig seyn; die Juristen aber haben Vormünder erfunden, die von den Frauen abhängig sind. Die Abhängigkeit dieser Vormünder nämlich lag darin, daß sie von den Frauen willkürlich ausgesucht und (wie sich unten zeigen wird) verändert werden konnten.

Zur Erläuterung dieser tutoris optio mögen noch folgende Bemerkungen dienen. Man hat gefragt, warum Ulpian diese Entstehungsart der Tutel nicht nenne [2]). Ich glaube, deswegen, weil es gar keine

[1]) *Livius* XXXIX. 19: „Utique Feceniae Hispalae .... tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset“, nämlich *optionem* dedisset, nicht *tutorem* dedisset, wie dieses richtig bemerkt ist in Hugo's Rechtsgesch. 4te Ausg. §. 157. Note 1. — Es ist also irrig, wenn aus dieser Stelle Heineccius das Daseyn einer testamentarischen Geschlechtstutel erweisen will (antiquit. I. 13. §. 18).

[2]) Hugo's Rechtsgeschichte, 5te Ausg. §. 198. Note 1.

eigene Art von Vormündern war, sondern ein von der Obrigkeit ernannter Vormund, wobei nur die Frau das Präsentationsrecht hatte, anstatt daß außerdem der Prätor mit den Tribunen willkürlich bestimmte, wer Vormund seyn sollte. — Da ferner der Geschlechtsvormund nicht so, wie der Vormund eines Unmündigen, eine fortlaufende Administration hatte, sondern nur hie und da, bei einzelnen juristischen Handlungen, gebraucht wurde, so ist es sehr möglich, daß die Wahl der Frau, ja vielleicht sogar jede Ernennung von Seiten der Obrigkeit, nicht auf eine bleibende Vormundschaft ging, sondern nur auf die jedesmal vorkommende Handlung, mit deren Vollendung das Amt eines solchen Vormundes aufhörte [1]). Dafür spricht einigermaßen die Erzählung des Livius, nach welcher dieselbe Frau, die sich bereits vom Prätor einmal einen Vormund erbeten hatte, um ein Testament machen zu können, in der Folge doch noch die tutoris optio erhielt [2]). Ganz auf

[1]) [Vgl. nunmehr Gajus I. §. 150—154, wodurch die oben aufgestellte Behauptung bestätigt und näher bestimmt wird.]

[2]) *Livius* XXXIX. 9. und 19. — Freilich läßt sich dieser Fall auch ohne jene Annahme daraus erklären, daß hier ein Privilegium ertheilt, also eine Ausnahme von der Regel des Rechts, gemacht wurde. Ueberhaupt ist das hier Gesagte eine bloße Hypothese, die jedoch nicht wohl durch Stellen aus den Justinianischen Rechtsbüchern (z. B. L. 12. 13. 14. D. de test. tut.) widerlegt werden kann, indem alle solche Stellen lediglich von der tutela impuberum reden.

ähnliche Weise scheint es, daß nach der lex Plaetoria auch die Curatoren der Minderjährigen blos für einzelne Fälle gegeben wurden, welches aber von Marc Aurel geändert wurde [1]). — Die tutoris optio scheint nur möglich gewesen zu seyn durch das Testament des Ehemannes, nicht durch das des Vaters [2]). Diese Annahme ist nöthig für unsere Erklärung der Stelle der Topik, da außerdem auch ohne capitis deminutio der Frau ein leichter und natürlicher Weg offen gewesen wäre, ihr einen solchen Vormund zu verschaffen, der sie nicht gehindert hätte, ein Testament zu machen. Aber in dieser Nothwendigkeit liegt keineswegs der Beweis jener Behauptung, sondern vielmehr in den Worten des Livius (XXXIX. 19.): „quasi ei *vir* testamento dedisset." Man hat diesen Ausdruck daraus erklären wollen, daß Livius gerade hier von einer Wittwe rede. Allein Das ist ungegründet; denn Livius führt vielmehr die Fecenia Hispala blos als ein nobile scortum auf, als eine meretricula, die seit ihrer Freilassung von diesem Gewerbe lebte. Demnach können jene Worte des Livius keinen andern, als diesen Sinn haben: eine tutoris optio, eben so gültig, als wenn sie ihr in dem Testament eines Ehemannes

[1]) *Capitolinus* in Marco Cap. 10.

[2]) [Nunmehr völlig bestätigt durch GAJUS I. §. 150.]

wäre gegeben worden. So erklärt, beweis't diese Stelle geradezu, daß nur der Ehemann, nicht der Vater, die tutoris optio geben konnte, indem es sonst ganz unnatürlich gewesen wäre, nicht vorzugsweise den Vater in dieser Verbindung zu nennen. — Endlich wirft die so erklärte tutoris optio auch noch ein ganz neues Licht auf eine andere, früher erklärte, Stelle des Cicero [1]). Die senes ad coemtiones faciendas reperti waren nämlich Greise, mit welchen zum Schein eine strenge Ehe, blos zur Zerstörung der sacra, geschlossen wurde. Allein dieselbe Formalität konnte ja auch angewendet werden, um der Frau von der lästigen tutela legitima Freiheit zu verschaffen [2]). Wollte nämlich ein Vater seiner Tochter diese Befreiung gewähren, so brauchte er sie gleichfalls nur an einen Greis nach dem Recht der strengen Ehe (freilich zum Schein) zu vermählen; der Ehemann mußte sich dann nicht scheiden, sondern der Frau die tutoris optio im Testament geben, und eben deshalb war dazu ein Greis ganz unentbehrlich. Diese Verbindung der tutoris optio mit den senes erhält noch eine besondere Wahrscheinlichkeit dadurch, daß Cicero beide Stücke unmittelbar zu=

[1]) *Cicero* pro Muraena Cap. 12.; S. v. S. 180. 190.

[2]) [Nunmehr unmittelbar bestätigt durch Gajus I. §. 115 a.]

sammenstellt [1]). Zugleich ist es dann recht klar, wie Cicero die tutoris optio einer künstlichen Erfindung der Juristen zuschreiben kann.

Ueber die späteren Schicksale der Geschlechtsvormundschaft sind die Meinungen sehr verschieden. Der Grund zu einer richtigen Darstellung ist, wie ich glaube, von Cujacius gelegt worden, allein mit seinen Resultaten kann ich nicht übereinstimmen. Er hat nämlich die Hauptstelle richtig emendirt, und zwei andere sehr wichtige Stellen damit in Verbindung gebracht, auf welche Verbindung denn auch alle Uebrigen ihre meist sehr abweichenden Ansichten bauen. Die Hauptstelle ist Ulpian XI. 8.: „Quantum ad adgnatos pertinet, hodie cessitia tutela non procedit: quoniam permissum erat in jure cedere tutela feminarum tantum, non etiam masculorum: feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia *sustinet*, excepta tutela patronorum." Alles kommt hier auf das Wort sustinet an. Viele erklären dieses so: Die lex Claudia verbietet hier die cessio in jure, hält also dadurch die tutela legitima aufrecht, schützt

[1]) *Cicero* l. c.: Mulieres . . . . . majores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt: horum ingenio senes ad coemtiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt.

sie gegen einen möglichen Untergang durch cessio [1]: eine sehr gezwungene Erklärung, da es in diesem Fall viel natürlicher gewesen wäre, zu sagen: non procedit, quoniam lex Claudia eam sustulit, excepta tutela patronorum. — Nach einer andern Meinung heißt sustinet so viel, als differt, und die lex Claudia hätte die tutela legitima bei Frauen erst anfangen lassen mit der Pubertät, also bis zu dieser Zeit verschoben [2]. — Nach dem Verfasser des vorstehenden Aufsatzes sagt die Stelle gerade umgekehrt, die lex Claudia habe jene Tutel nur für die Zeit der Unmündigkeit gelten lassen, also bei erreichter Pubertät beendigt, in ihrem Laufe aufgehalten. — Alle diese Versuche, den handschriftlichen Text des Ulpian zu retten, halte ich für fruchtlos. Cujacius setzt sus*tulit* für sustinet [3], und diese Emendation scheint mir durch den innern Zusammenhang der ganzen Stelle völlig begründet [4]. Der Sinn ist nun dieser: Die cessio in jure bezog sich stets nur auf die tutela legitima über die Frauen,

[1]) *Raevardus* varior. I. 10. Jac. *Gothofredus* ad Cod. Theod. III. 17. 2. *Schulting* ad Ulp. XI. 8. *Otto* de perpetua femin. tut. C. 1. §. 20.

[2]) J. a. *Costa* praelect. Lugd. Bat. 1773. 4. p. 158. ibique *B. Voorda*.

[3]) *Cujacius* Obss. XXVI. 7., und ad Ulp. XI. 8.

[4]) [Nunmehr unmittelbar bestätigt durch Gajus I. §. 157.]

und zwar sowohl auf die der Agnaten, als die des Patrons. Nun hat aber die lex Claudia die tutela legitima der Agnaten über die Frauen ganz aufgehoben, also ist nun kein Fall mehr übrig, in welchem ein Agnat seine tutela legitima cediren könnte. — Allein Cujacius geht nun noch weiter und behauptet, durch die lex Claudia sey alle Geschlechtstutel überhaupt aufgehoben worden. Das läßt sich nicht vertheidigen, nicht einmal bei freigeborenen Frauen. Unsere Stelle selbst beschränkt ausdrücklich die Wirkung der lex Claudia auf die tutela *legitima*, und derselbe Ulpian behandelt überall die Geschlechtsvormundschaft als etwas noch Bestehendes, ja sogar als (in der Regel) für alle Frauen gültig [1]. Auch kommt um die Mitte des zweiten Jahrhunderts ein wirklicher Rechtsfall vor, in welchem eine angesehene Frau einen Kauf schließt, und wobei der Vormund den Contract durch seine auctoritas gültig macht [2].

[1]) Vgl. z. B. *Ulpian*. XI. 1.: „Tutores *constituuntur* tam masculis, quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus... feminis autem tam impuberibus, quam puberibus, et propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam." — So allgemein konnte er sich nicht ausdrücken, wenn zu seiner Zeit nur noch freigelassene Frauen unter Vormundschaft standen. Auf ähnliche Weise spricht er in mehreren Stellen. [Nunmehr unmittelbar bestätigt durch Gajus I. §. 145. 157.]

[2]) *Apuleji* apolog. p. 340. ed. Scip. Gentilis (in Opp. Sc. Gent. T. 6.).

Es ist also nicht zu behaupten, daß die Geschlechtsvormundschaft überhaupt durch die lex Claudia aufgehoben, oder auch nur seltner geworden sey [1]). Der wahre Zusammenhang scheint vielmehr dieser zu seyn. Nach der lex Claudia wurden alle Vormünder freigeborner Frauen von der Obrigkeit ernannt; bei den Freigelassenen blieb das alte Recht. Allein jene Neuerung war zu allgemein ausgedrückt worden. Die Absicht ging blos auf Befreiung der mündigen Frauen von der ihnen lästigen Agnatentutel; die Worte aber lauteten (selbst nach Ulpian's Ausdruck) allgemein, von aller Agnatentutel überhaupt [2]). Wenn nun ein Agnat zur Tutel einer Unmündi-

[1]) Eine seltsame Bestätigung dieser seiner Ansicht findet Cujacius in L. 8. D. de adopt: „Quod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, ante tenuerat, sub divo Claudio recte mutatum est.“ Offenbar denkt er sich diese Verbindung so: Nach altem Recht konnte eine Frau nur mit auctoritas ihres Tutors arrogirt werden, ein bloßer Curator war dazu nicht hinreichend. Da nun aber die lex Claudia die Geschlechtsvormundschaft (wenigstens bei freigebornen Frauen) aufgehoben hat, so mußte nun auch dieser Satz wegfallen, und man mußte sich bei der Arrogation einer Frau mit der Einwilligung eines Curators begnügen. — Allein diese Erklärung ist ganz unzulässig, da noch viel später Frauen überhaupt nicht arrogirt werden konnten. (*Ulpian.* VIII. 5.) Jene Stelle geht also auf die Arrogation von Männern, und die in ihr erwähnte Aenderung aus der Regierung des Claudius hat mit unsrer lex Claudia nicht die geringste Verbindung.

[2]) *Ulp.* l. c.: „*feminarum* autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit.“

gen berufen wurde, die ihm eine Last war, kein Vortheil, so konnte auch er sich auf die lex Claudia berufen, obgleich dieselbe an seinen Vortheil eigentlich nicht gedacht hatte. Hierin nun änderte Constantin den Buchstaben der lex Claudia, indem er dem Geist derselben getreu blieb, durch folgende Constitution [1]: „In feminis tutelam legitimam consanguineus *vel* patruus [2]) non recuset." Daß aber diese Erklärung des historischen Zusammenhangs die richtige ist, wird durch folgende Constitution von Leo außer Zweifel gesetzt [3]): „Constitutione divae memoriae Constantini, lege Claudia sublata, pro antiqui juris auctoritate, salvo manente agnationis jure, tam consanguineus, id est frater, quam patruus, caeterique legitimi, ad *pupillarum* feminarum tutelam vocantur." D. h.: Ueber unmündige Frauen müssen der Bruder, der Oheim, und alle übrigen Agnaten, wenn anders das Verhältniß der Agnation nicht aufgehoben ist, die Vormundschaft übernehmen, wie dieses der Constitution von Constantin gemäß ist, die in diesem Stück der lex Claudia derogirt und das alte Recht wieder hergestellt hat.

[1]) L. 2. C. Th. de tutor. et curator. (3. 17.)

[2]) Der gewöhnliche Text ist: „consanguineus patruus." — *vel* patruus ist eine stillschweigende Emendation von Vertranius Maurus (de jure liberorum Cap. 31.), welche keinen Zweifel hat.

[3]) L. 3. C. de leg. tutela (5. 30.)

Es verdient eine besondere Erwägung, wie die Curatel der Minderjährigen, die durch Marc Aurel eingeführt wurde, auf die Geschlechtsvormundschaft einwirkte. Ich glaube, daß beide neben einander bestehen konnten und mußten, indem der Curator das ganze Vermögen einer Minderjährigen fortwährend administrirte, der Vormund aber gewisse einzelne Handlungen genehmigte, in welchen Geschäften keiner von beiden den andern ersetzen konnte [1]. Daraus ist es zu erklären, daß nach einer Stelle des Papinian der Patron einer Minderjährigen zugleich ihr Curator seyn konnte; dieser war nämlich ohnehin ihr Geschlechtsvormund, und vereinigte also beide Geschäfte in seiner Person, was auch gar nichts Widersprechendes hat. Eine Interpolation braucht daher in dieser Rücksicht nicht angenommen zu werden [2].

Es läßt sich also überhaupt kein einzelner Punkt angeben, aus welchem das Verschwinden der Geschlechtsvormundschaft erklärt werden könnte. Allein das allmälige und unbemerkte Verschwinden dersel-

[1] [Wird nunmehr unmittelbar bestätigt durch Vaticana fragmenta §. 110.]

[2] L. 13. §. 2. D. de tutor. et cur. dat. (26. 5.). Nur freilich der unbedingte Ausdruck: tutor desinit esse möchte ohne Interpolation kaum zu erklären seyn. In L. 7. eod. dagegen ist wohl eine die Sache selbst betreffende Interpolation anzunehmen, indem darin ein curator ad dotem dandam augendam vorkommt, welches ja gerade ein Geschäft des Geschlechtsvormundes war. *Ulpian*. XI. 20.

den ist weit erklärlicher, wenn man, wie oben bemerkt worden (S. 275.), annimmt, daß ein solcher Vormund nicht für immer, sondern nur für einzelne Geschäfte von der Obrigkeit ernannt wurde; Dieses konnte in einzelnen Fällen, und dann immer häufiger, unbemerkt vernachlässigt werden, anstatt daß bei einer Ernennung im Ganzen diese Vernachlässigung weit fühlbarer gewesen wäre [1]).

[1]) [Die Lex Julia et Papia Poppaea hatte die völlige Freiheit von der Geschlechtstutel an das jus trium vel quatuor liberorum geknüpft. Gajus I. §. 145. 194. 195. Seitdem dieses Recht allgemein gemacht worden war, mußte also auch die Geschlechtstutel ganz aufhören. Das geschah im J. 410. L. 3. C. Th. de j. lib. 8. 17. L. 1. C. J. de j. lib. 8. 59. Von dieser Allgemeinheit des jus liberorum aus dem bloßen Gesetz (ohne Concession im Einzelnen) war eine andere Folge die Solidi capacitas unter Ehegatten (L. 2. C. Th. eod. L. 2. C. J. de inf. poen. coel. 8. 58.). Allein auf diese Folge das allgemeine jus liberorum zu beschränken, wie es Rudorff meint (Vormundschaft I. 59.), sehe ich keinen Grund ein.]

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung. 1849.

Das Verhältniß meiner Abhandlung zu der ihr in der Zeitschrift unmittelbar vorhergehenden (von D. Hoffmann) war in der Hauptsache folgendes:

Mein Vorgänger hatte behauptet, die Geschlechtstutel des alten Rechts sey in ihren Rechten und Wirkungen ganz verschieden gewesen, man müsse also strenge und gelinde Arten derselben unterscheiden. Daher sey die Stelle in Cicero's Topik (Kap. 4.) wörtlich zu nehmen, und die Verschiedenheit derselben von den Aeußerungen des Ulpian sey aus Aenderungen des Rechts in der Zwischenzeit zu erklären.

Ich verneinte die behauptete Verschiedenheit in den Rechten der Tutel, und nahm an, Cicero rede nicht genau juristisch, sondern nur mit Rücksicht auf die gewöhnlich eintretenden factischen Umstände.

In beiden Beziehungen bin ich durch die Institutionen des Gajus völlig widerlegt worden. Der vollständige Zusammenhang der Sache läßt sich nunmehr in folgender Weise darstellen.

Es gab allerdings zwei Arten der Geschlechtstutel, sehr verschieden in ihren Rechten. Der Hauptzweck der Geschlechtstutel war gar nicht, so wie bei den Unmündigen, die Sicherheit der Frauen selbst, sondern die Sicherstellung der Agnaten und Patrone wegen ihrer Ansprüche und Aussichten auf das Vermögen der Frauen [1]). Dennoch beschränkte man sich nicht streng auf diesen praktischen Zweck, sondern stellte die Frauen allgemein unter Tutel.

Jedoch war nur die legitima tutela ganz ernstlich und streng gemeint, so daß durch sie allein der Wille der Frau wahrhaft gebunden war. Dahin gehörte die Tutel der Agnaten und des Patrons; Patron aber war auch der Vater, der die Tochter emancipirt hatte.

Neben dieser Art der Tutel gab es jedoch mehrere andere, die Gajus unter dem Namen alterius generis tutelae zusammenfaßt [2]). Dahin gehören: 1. die tutores optivi, beruhend auf der eigenen Wahl der Frau, jedoch nur, wenn ihr diese Wahl verstat-

[1]) Gajus I. §. 190. 192.

[2]) Gajus I. §. 194. 195. II. §. 122.

tet war in dem Testament eines Ehemannes, in dessen manus sie gestanden hatte [1]); 2. tutores fiduciarii, die auf der Manumission einer freigebornen Frau beruhten; 3. tutores cessicii; 4. tutores Atiliani, von der Obrigkeit bestellt.

Alle diese Tutoren hatten keinen eigenen Willen. Durch sie sollte nur die Form der auctoritas erfüllt werden, sie sollten höchstens Rathgeber der Frau seyn (etwa so wie der Lübische Geschlechtsvormund). Im Fall einer bleibenden Meinungsverschiedenheit wurden sie zur auctoritas gezwungen, und insofern konnte man sagen, sie seyen dicis gratia vorhanden [2]).

Unter allen Handlungen einer Frau war das Testament die gefährlichste für die Agnaten und Patrone. Für den praktischen Zweck hätte es vielleicht genügt, dazu eine völlig freie auctoritas des Tutors zu erfordern, so wie es Ulpian ausdrückt (XX. §. 15.). Man ging aber der Sicherheit wegen einen Schritt weiter [3]), und verbot alle Testamente der

[1]) Gajus I. §. 150—154. Darauf geht Livius XXXIX. 19.

[2]) Gajus I. §. 190. II. §. 122. Agnaten und Patrone konnten nur ausnahmsweise, und nur aus dringenden Gründen, auch nur zu gewissen Handlungen, gezwungen werden.

[3]) Wohl besonders zum Schutz der Agnaten, wenn etwa ein testamentarischer Tutor vorhanden war, der kein eigenes Interesse hatte, zu einem den Agnaten nachtheiligen Testament die auctoritas zu verweigern.

Frauen [1]), die sich nicht einer capitis deminutio unterworfen hatten, wie sich Cicero in der Topik ausdrückt, und welches nunmehr durch Gajus nicht nur bestätigt, sondern dahin näher bestimmt wird, daß eine coemtio mit remancipatio und manumissio vorgenomen werden mußte, also eine Scheinehe zu diesem juristischen Zweck [2]). Dadurch entstand nämlich ein fiduciarius tutor, der nur dicis gratia die auctoritas zum Testament gab. Es lag darin die höchste Sicherheit für die Agnaten und Patrone, ohne deren völlig freie vorhergehende auctoritas die coemtio gar nicht möglich war.

Nach der Zeit des Cicero ereigneten sich nun zwei wichtige Veränderungen.

Eine Lex Claudia hob die lästige und harte Geschlechtstutel der Agnaten ganz auf, so daß von der alten, für die Frauen sehr beschwerlichen, *legitima* tutela Nichts mehr übrig war, als die nicht unbillige

[1]) Doch wahrscheinlich nur der freigebornen Frauen wegen. Gajus III. 43. und Livius XXXIX. 9. Diese Einschränkung zu der Stelle des Cicero und zu Gajus I. 115 a. stillschweigend hinzu zu denken, ist wohl nicht allzu gewagt.

[2]) Gajus I. 115 a. Ohne Zweifel war aber ursprünglich nur an eine ernstliche Ehe mit manus gedacht, und die Anwendung der Scheinehe, als einer leeren Form zu diesem Zweck, gehörte dann zu den Erfindungen der Juristen, gegen welche Cicero pro Murena so sehr eifert.

Tutel des Patrons (mit Einschluß des emancipirenden Vaters) [1]).

Ein Senatsschluß unter Hadrian hob die Nothwendigkeit der Coemtion für die Testamente der Frauen auf [2]).

Nunmehr durfte Ulpian ganz richtig sagen, daß jede Frau mit auctoritas ihres Tutors ein Testament machen könne.

Ich freue mich dieser Gelegenheit, mein früheres Unrecht gegen den Verfasser der Abhandlung, durch welche die meinige veranlaßt wurde, gut machen zu können. Derselbe hat die Belehrung gewissermaßen vorhergesehen, die wir jetzt, mühelos und ohne unser Verdienst, den Institutionen des Gajus verdanken.

Die hier zum Grund liegende Stelle der Topik des Cicero war übrigens veranlaßt worden durch einen, kurz vorher vorgekommenen Rechtsfall, die caussa Siliana, worin die besondere Frage aufgeworfen wurde, ob die Regel des Civilrechts, nach welcher Frauen nur durch capitis deminutio zur Errichtung eines Testaments fähig werden konnten,

[1]) Gajus I. §. 157. Ulpian. XI. §. 8.

[2]) Gajus I. §. 115 a.

auch auf die B. P. secundum tabulas (also auf das Interdict quorum bonorum) anwendbar sey. Servius und Ofilius bejahten diese Frage, Trebatius verneinte sie, es ist aber nicht unwahrscheinlich, daß er diese Meinung nachher aufgab, und daß deshalb Cicero, in der an ihn gerichteten Topik, die bejahende Meinung so entschieden aufstellt. Dieser geschichtliche Zusammenhang der Stelle der Topik mit der caussa Siliana (Cic. ep. ad. fam. 7. 21.) ist mit Gründlichkeit und Scharfsinn nachgewiesen von Huschke diss. de caussa Siliana Rostochii 1824. 4.

Eine Bestätigung der für die Testamente der Frauen erforderlichen capitis deminutio liegt auch noch in einer sehr merkwürdigen, dunklen und verstümmelten Inschrift. Diese enthält die Leichenrede eines Wittwers auf seine verstorbene Frau aus der Zeit von Augustus. Der Vater der Frau hatte diese zur Erbin eingesetzt unter der Bedingung, daß sie, in Folge einer fiduciaria coemptio cum extraneo, ein Testament machen und darin ihre Cognaten zu Erben einsetzen sollte. Die Frau verweigerte die Erfüllung dieser Bedingung aus Pietät gegen den Mann, und schlug also die Erbschaft aus. Dieser ganze Hergang freilich steht nicht so in der In=

schrift zu lesen, er geht aber hervor aus der überaus scharfsinnigen Restitution von Huschke. Die Inschrift selbst findet sich bei Orelli T. 2. p. 349 — 355. Num. 4859, die Restitution in Huschke Flavii Syntrophi instrumentum donationis Vratislav. 1838. 4. p. 54 — 56.

XI.

Ueber die lis vindiciarum [1]) und über das Verhältniß derselben zu den Interdicten.

Vorbemerkung.

Die erste Ausgabe dieser Abhandlung findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 3. Heft 3. 1817. Num. XVII. S. 421—434.

In der gegenwärtigen Ausgabe ist ein Nachtrag (1849) hinzugekommen.

Die alten Formen der Vindication werden fast überall mit den Interdicten de vi verwechselt; aber so allgemein diese Verwechslung überhaupt bei Juristen und Philologen angetroffen wird, so herrscht doch wieder in der Art, wie sie durchgeführt wird, die allergrößte Verschiedenheit. Ich habe mich in mei-

[1]) Die Berichtigung dieser Ueberschrift s. in dem Nachtrag.

nem Werk über den Besitz (§. 40.) bemüht, beide Institute genau zu unterscheiden, die alte Verwechslung hat aber auch noch nachher stets fortgedauert. Es scheint daher kein überflüssiges Unternehmen, die ganze Untersuchung von Neuem aus den Quellen anzustellen, und dabei alle bisherigen Meinungen gänzlich zu vergessen. Zwei Grundsätze werden dabei gute Dienste thun können: erstlich, daß die Untersuchung sowohl auf die Sache selbst, als auf die Terminologie gerichtet werde, jedoch ohne das Eine durch das Andere verwirren zu lassen; zweitens, daß vor Allem diejenigen Punkte aufgesucht werden, welche als unmittelbar in den Quellen gegebene Thatsachen betrachtet werden können, und daß erst nach Aufstellung dieser unmittelbar gegebenen Thatsachen die Deutung und Verknüpfung derselben versucht werde.

Als solche Thatsachen, von welchen jede kritische Untersuchung dieses Gegenstandes nothwendig ausgehen muß, betrachte ich folgende vier:

1) Die vindiciae bei der Eigenthumsklage.

Quellen: *Cicero* pro Muraena Cap. 12.
Gellius Lib. 20. C. 10.
Festus v. Superstites und v. Vindiciae.

2) Das interdictum de vi (quotidiana).

3) Das interdictum de vi armata.

Quellen für beide Interdicte und ihr Verhältniß zu einander:

Cicero pro Caecina Cap. 8. 31. 32.

Cicero ad fam. Lib. 15. ep. 16.

Digest. tit. de vi et vi armata.

4) Die deductio quae moribus fit.

Quellen: *Cicero* pro Caecina Cap. 1. 7. 8.

Cicero pro Tullio Cap. 16.

---

1) Die vindiciae werden von Gellius so beschrieben. Beide Parteien mußten zum Schein vor dem Prätor einen körperlichen Streit um die vindicirte Sache beginnen. War es eine bewegliche Sache, so wurde diese vor den Prätor gebracht, war es ein Grundstück, so ging der Prätor mit den Parteien zu diesem Grundstück hin. So war es ursprünglich, und zwar nach Vorschrift der zwölf Tafeln. Als aber der Sprengel des Prätors sich erweiterte, änderte man diese Form in Ansehung der Grundstücke dahin ab, daß die Parteien vor den Prätor kamen, von da allein, ohne den Prätor, nach dem Grundstück gingen, eine Erdscholle von demselben mit zurück vor den Prätor brachten, und nun an dieser Scholle den symbolischen Streit vornahmen. Damit stimmt Festus überein, welcher ausdrücklich

sagt, daß Etwas in dem Grundstück selbst geholt und vor den Prätor gebracht worden sey [1]).

Cicero's Erzählung ist etwas abweichend. Nach ihm nämlich kommen die Parteien vor den Prätor, gehen zusammen weg, kommen aber augenblicklich wieder zurück (alles unter Begleitung von feierlichen Worten theils der Parteien, theils des Prätors), so daß ihr Hin- und Hergehen selbst kein wirkliches, sondern gleichfalls eine bloße Formalität ist. Ueber die mögliche Vereinigung dieser beiden etwas abweichenden Beschreibungen werde ich mich weiter unten erklären.

So weit die Sache; nun von den Kunstausdrükken, womit dieselbe bezeichnet wird. Der einzige ächte Kunstausdruck für jenen symbolischen Kampf ist manum conserere, und zwar kommt dieses in einer zwiefachen Beziehung vor: *in jure* manum conserere, wenn die Sache selbst (oder die repräsentirende Scholle) vor den Prätor gebracht ist, und *ex jure* manum consertum *vocare*, wenn vor dem Prätor eine Partei die andere auffordert, nach dem Grundstück hinzugehen. Beide Ausdrücke stehen bei Gellius (der erste aus den zwölf Tafeln), der zweite allein bei Cicero und auch bei Valerius

[1]) *Festus* v. Vindiciae: „ . . . Vindiciae olim dicebantur illae *(glebae?)* quae ex fundo sumtae in jus allatae erant."

Probus [1]). Außerdem aber nennt Gellius diesen Streit eine vis civilis et festucaria, im Gegensatz der vis bellica et cruenta. Man hat diese Ausdrücke gleichfalls als Kunstausdrücke mit unterlaufen lassen, wogegen aber von Heinrich sehr treffend bemerkt worden ist, daß ihnen diese Ehre nicht gebühre, daß es vielmehr blos beschreibende Ausdrücke des Gellius seyen, deren einer sogar zu diesem Zweck neu gemacht war [2]). — In den alten Formeln kam ferner vor vindicias sumere, und zwar besonders für das Abholen der Scholle aus dem Grundstück [3]). — Lis vindiciarum [4]) ist der allgemeine Ausdruck für die ganze Handlung überhaupt [5]).

2) Interdictum de vi (quotidiana).

3) Interdictum de vi armata.

In unsren Rechtsquellen haben wir nur noch ein einziges interdictum recuperandae possessionis, welches bei jeder gewaltsamen Entsetzung aus dem Be-

[1]) *Valerius Probus* in notis p. 1476. ap. Gothofredum ed. 1602. „in actionibus hae . . . . . E. J. M. C. V. ex jure manu consertum vocari.“

[2]) *Heinrich* ad Ciceronis orat. pro Scauro, pro Tullio, pro Flacco partes ineditas. Kil. 1816. 4. p. 86. 87.

[3]) *Festus* l. c. s. o. Note 1. S. 295.

[4]) [Berichtigung s. in dem Nachtrag.]

[5]) *Cicero* in Verrem Lib. 1. C. 45. ibique *Asconius*.

sitz eines Grundstücks vorkommt. In früheren Zeiten gab es hier zwei verschiedene Interdicte, je nachdem nämlich Waffen gebraucht waren oder nicht. Selbst in den Pandekten sind noch bedeutende Spuren des alten Unterschieds übrig geblieben. Zunächst schon in der Ueberschrift des Titels, worin offenbar die zwei alten Interdicte zusammengefaßt sind: de vi, et de vi armata. Dann auch in dem Titel selbst, dessen erste Stelle ursprünglich blos von der Entsetzung ohne Waffen, so wie die dritte von der Entsetzung mit Waffen gehandelt hatte [1]). Ausführlich kommt der Unterschied vor in den zwei oben angeführten Stellen des Cicero, woraus erhellt, daß bei der vis armata wegen der strafbareren Form dieser Handlung mancherlei besondere Nachtheile für den Beklagten eintraten.

Als Kunstausdrücke für beide Interdicte hat man gewöhnlich diese angenommen: de vi quotidiana und de vi armata. Allein auch hier hat Heinrich sehr richtig bemerkt, daß vis quotidiana kein solenner Ausdruck ist, sondern nur von Cicero auf beschreibende Weise gebraucht wird: es ist eine alltägliche, gewöhnliche Gewaltthätigkeit, im Gegensatz derjenigen,

[1]) *Cujacius* in Paulum V. 6. §. 4., wo er überhaupt den Unterschied beider Interdicte gründlich darstellt.

welche mit bewaffneter Hand verübt wird [1]). Auch kommt in der That der Ausdruck nur ein einziges Mal vor, und gar nicht in einer feierlichen Formel [2]); kurz vorher nennt Cicero das Interdict selbst interdictum quotidianum [3]), in gleichem Sinne zwar, wie vis quotidiana, aber so daß auch schon diese Verschiedenheit der Ausdrücke auf das nicht Kunstmäßige derselben hindeutet. Die einzigen ächten Kunstnamen sind diejenigen, die sich auf die Formeln der Interdicte selbst gründen. So heißt denn das erste Interdict: interdictum de vi ohne Zusatz [4]), oder interdictum, *unde ille me vi dejecit* [5]), das zweite: interdictum de vi hominibus armatis, oder interdictum de armatis hominibus [6]), oder de vi armata [7]). Das erste scheint der genaueste Ausdruck zu seyn; denn ohne Zweifel war die Formel diese: unde tu illum vi, hominibus armatis, dejecisti, restituas. Nimmt man diese Terminologie an, so

[1]) *Heinrich* l. c.

[2]) *Cicero* pro Caecina Cap. 32. „In illa vi quotidiana non satis est" etc.

[3]) *Cicero* pro Caecina Cap. 31. „Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum, *unde ille me vi dejecit*, additur" etc.

[4]) So in der Ueberschrift des Pandektentitels.

[5]) S. o. Note 3.

[6]) *Cicero* pro Caecina Cap. 8. 31. Ep. fam. XV. 16.

[7]) So in der Ueberschrift des Pandektentitels.

stimmen hierin die Pandekten weit mehr mit Cicero überein, als wenn man vis quotidiana als Kunstausdruck ansieht; auch wird dadurch der Zusammenhang beider Interdicte deutlicher. Genau genommen, war es nämlich nur ein einziges Interdict, das de vi; zuweilen aber erhielt dieses Interdict einen erschwerenden Zusatz, welcher dann auch durch einen Zusatz in der Benennung ausgedrückt wurde: de vi, *hominibus armatis*.

4) Die deductio quae moribus fit. Es gehörte zu der Form mancher Streitigkeiten über Grundstücke (ich lasse noch dahin gestellt, welcher Streitigkeiten), daß beide Parteien in dem Grundstück an einem verabredeten Tage zusammen kamen, und daß Einer den Andern hinausführte, d. h. zum Schein mit Gewalt hinauswarf, denn die ganze Handlung wird eine verabredete Gewalt (ex conventu vim fieri) genannt [1]).

Vor Allem ist zu untersuchen, welcher Rechtsstreit

[1]) *Cicero* pro Caecina Cap. 7. „placuit Caecinae, de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur. Colloquuntur. Dies ex utriusque commodo sumitur. Caecina cum amicis ad diem venit" etc. — ib. Cap. 8. „. . . ad eum fundum profectus, ex quo ex conventu vim fieri oportebat." — *Cicero* pro Tullio Cap. 16. „Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum".

auch auf die B. P. secundum tabulas (also auf das Interdict quorum bonorum) anwendbar sey. Servius und Ofilius bejahten diese Frage, Trebatius verneinte sie, es ist aber nicht unwahrscheinlich, daß er diese Meinung nachher aufgab, und daß deshalb Cicero, in der an ihn gerichteten Topik, die bejahende Meinung so entschieden aufstellt. Dieser geschichtliche Zusammenhang der Stelle der Topik mit der caussa Siliana (Cic. ep. ad. fam. 7. 21.) ist mit Gründlichkeit und Scharfsinn nachgewiesen von HUSCHKE diss. de caussa Siliana Rostochii 1824. 4.

Eine Bestätigung der für die Testamente der Frauen erforderlichen capitis deminutio liegt auch noch in einer sehr merkwürdigen, dunklen und verstümmelten Inschrift. Diese enthält die Leichenrede eines Wittwers auf seine verstorbene Frau aus der Zeit von Augustus. Der Vater der Frau hatte diese zur Erbin eingesetzt unter der Bedingung, daß sie, in Folge einer fiduciaria coemptio cum extraneo, ein Testament machen und darin ihre Cognaten zu Erben einsetzen sollte. Die Frau verweigerte die Erfüllung dieser Bedingung aus Pietät gegen den Mann, und schlug also die Erbschaft aus. Dieser ganze Hergang freilich steht nicht so in der In-

schrift zu lesen, er geht aber hervor aus der überaus scharfsinnigen Restitution von Huschke. Die Inschrift selbst findet sich bei Orelli T. 2. p. 349 — 355. Num. 4859, die Restitution in Huschke Flavii Syntrophi instrumentum donationis Vratislav. 1838. 4. p. 54 — 56.

XI.

Ueber die lis vindiciarum [1]) und über das Verhältniß derselben zu den Interdicten.

Vorbemerkung.

Die erste Ausgabe dieser Abhandlung findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 3. Heft 3. 1817. Num. XVII. S. 421—434.

In der gegenwärtigen Ausgabe ist ein Nachtrag (1849) hinzugekommen.

Die alten Formen der Vindication werden fast überall mit den Interdicten de vi verwechselt; aber so allgemein diese Verwechslung überhaupt bei Juristen und Philologen angetroffen wird, so herrscht doch wieder in der Art, wie sie durchgeführt wird, die allergrößte Verschiedenheit. Ich habe mich in mei-

[1]) Die Berichtigung dieser Ueberschrift s. in dem Nachtrag.

nem Werk über den Besitz (§. 40.) bemüht, beide Institute genau zu unterscheiden, die alte Verwechslung hat aber auch noch nachher stets fortgedauert. Es scheint daher kein überflüssiges Unternehmen, die ganze Untersuchung von Neuem aus den Quellen anzustellen, und dabei alle bisherigen Meinungen gänzlich zu vergessen. Zwei Grundsätze werden dabei gute Dienste thun können: erstlich, daß die Untersuchung sowohl auf die Sache selbst, als auf die Terminologie gerichtet werde, jedoch ohne das Eine durch das Andere verwirren zu lassen; zweitens, daß vor Allem diejenigen Punkte aufgesucht werden, welche als unmittelbar in den Quellen gegebene Thatsachen betrachtet werden können, und daß erst nach Aufstellung dieser unmittelbar gegebenen Thatsachen die Deutung und Verknüpfung derselben versucht werde.

Als solche Thatsachen, von welchen jede kritische Untersuchung dieses Gegenstandes nothwendig ausgehen muß, betrachte ich folgende vier:

1) Die vindiciae bei der Eigenthumsklage.

Quellen: *Cicero* pro Muraena Cap. 12.
Gellius Lib. 20. C. 10.
Festus v. Superstites und v. Vindiciae.

2) Das interdictum de vi (quotidiana).

3) Das interdictum de vi armata.

Quellen für beide Interdicte und ihr Verhältniß zu einander:

Cicero pro Caecina Cap. 8. 31. 32.

Cicero ad fam. Lib. 15. ep. 16.

Digest. tit. de vi et vi armata.

4) Die deductio quae moribus fit.

Quellen: *Cicero* pro Caecina Cap. 1. 7. 8.

Cicero pro Tullio Cap. 16.

---

1) Die vindiciae werden von Gellius so beschrieben. Beide Parteien mußten zum Schein vor dem Prätor einen körperlichen Streit um die vindicirte Sache beginnen. War es eine bewegliche Sache, so wurde diese vor den Prätor gebracht, war es ein Grundstück, so ging der Prätor mit den Parteien zu diesem Grundstück hin. So war es ursprünglich, und zwar nach Vorschrift der zwölf Tafeln. Als aber der Sprengel des Prätors sich erweiterte, änderte man diese Form in Ansehung der Grundstücke dahin ab, daß die Parteien vor den Prätor kamen, von da allein, ohne den Prätor, nach dem Grundstück gingen, eine Erdscholle von demselben mit zurück vor den Prätor brachten, und nun an dieser Scholle den symbolischen Streit vornahmen. Damit stimmt Festus überein, welcher ausdrücklich

sagt, daß Etwas in dem Grundstück selbst geholt und vor den Prätor gebracht worden sey [1]).

Cicero's Erzählung ist etwas abweichend. Nach ihm nämlich kommen die Parteien vor den Prätor, gehen zusammen weg, kommen aber augenblicklich wieder zurück (alles unter Begleitung von feierlichen Worten theils der Parteien, theils des Prätors); so daß ihr Hin- und Hergehen selbst kein wirkliches, sondern gleichfalls eine bloße Formalität ist. Ueber die mögliche Vereinigung dieser beiden etwas abweichenden Beschreibungen werde ich mich weiter unten erklären.

So weit die Sache; nun von den Kunstausdrücken, womit dieselbe bezeichnet wird. Der einzige ächte Kunstausdruck für jenen symbolischen Kampf ist manum conserere, und zwar kommt dieses in einer zwiefachen Beziehung vor: *in jure* manum conserere, wenn die Sache selbst (oder die repräsentirende Scholle) vor den Prätor gebracht ist, und *ex jure* manum consertum *vocare*, wenn vor dem Prätor eine Partei die andere auffordert, nach dem Grundstück hinzugehen. Beide Ausdrücke stehen bei Gellius (der erste aus den zwölf Tafeln), der zweite allein bei Cicero und auch bei Valerius

[1]) *Festus* v. Vindiciae: „ . . . Vindiciae olim dicebantur illae *(glebae?)* quae ex fundo sumtae in jus allatae erant."

Probus [1]). Außerdem aber nennt Gellius diesen Streit eine vis civilis et festucaria, im Gegensatz der vis bellica et cruenta. Man hat diese Ausdrücke gleichfalls als Kunstausdrücke mit unterlaufen lassen, wogegen aber von Heinrich sehr treffend bemerkt worden ist, daß ihnen diese Ehre nicht gebühre, daß es vielmehr blos beschreibende Ausdrücke des Gellius seyen, deren einer sogar zu diesem Zweck neu gemacht war [2]). — In den alten Formeln kam ferner vor vindicias sumere, und zwar besonders für das Abholen der Scholle aus dem Grundstück [3]). — Lis vindiciarum [4]) ist der allgemeine Ausdruck für die ganze Handlung überhaupt [5]).

2) Interdictum de vi (quotidiana).

3) Interdictum de vi armata.

In unsren Rechtsquellen haben wir nur noch ein einziges interdictum recuperandae possessionis, welches bei jeder gewaltsamen Entsetzung aus dem Be-

[1]) *Valerius Probus* in notis p. 1476. ap. Gothofredum ed. 1602. „in actionibus hae . . . . . E. J. M. C. V. ex jure manu consertum vocari.“

[2]) *Heinrich* ad Ciceronis orat. pro Scauro, pro Tullio, pro Flacco partes ineditas. Kil. 1816. 4. p. 86. 87.

[3]) *Festus* l. c. s. o. Note 1. S. 295.

[4]) [Berichtigung s. in dem Nachtrag.]

[5]) *Cicero* in Verrem Lib. 1. C. 45. ibique *Asconius*.

sitz eines Grundstücks vorkommt. In früheren Zeiten gab es hier zwei verschiedene Interdicte, je nachdem nämlich Waffen gebraucht waren oder nicht. Selbst in den Pandekten sind noch bedeutende Spuren des alten Unterschieds übrig geblieben. Zunächst schon in der Ueberschrift des Titels, worin offenbar die zwei alten Interdicte zusammengefaßt sind: de vi, et de vi armata. Dann auch in dem Titel selbst, dessen erste Stelle ursprünglich blos von der Entsetzung ohne Waffen, so wie die dritte von der Entsetzung mit Waffen gehandelt hatte [1]). Ausführlich kommt der Unterschied vor in den zwei oben angeführten Stellen des Cicero, woraus erhellt, daß bei der vis armata wegen der strafbareren Form dieser Handlung mancherlei besondere Nachtheile für den Beklagten eintraten.

Als Kunstausdrücke für beide Interdicte hat man gewöhnlich diese angenommen: de vi quotidiana und de vi armata. Allein auch hier hat Heinrich sehr richtig bemerkt, daß vis quotidiana kein solenner Ausdruck ist, sondern nur von Cicero auf beschreibende Weise gebraucht wird: es ist eine alltägliche, gewöhnliche Gewaltthätigkeit, im Gegensatz derjenigen,

[1]) *Cujacius* in Paulum V. 6. §. 4., wo er überhaupt den Unterschied beider Interdicte gründlich darstellt.

welche mit bewaffneter Hand verübt wird [1]). Auch kommt in der That der Ausdruck nur ein einziges Mal vor, und gar nicht in einer feierlichen Formel [2]); kurz vorher nennt Cicero das Interdict selbst interdictum quotidianum [3]), in gleichem Sinne zwar, wie vis quotidiana, aber so daß auch schon diese Verschiedenheit der Ausdrücke auf das nicht Kunstmäßige derselben hindeutet. Die einzigen ächten Kunstnamen sind diejenigen, die sich auf die Formeln der Interdicte selbst gründen. So heißt denn das erste Interdict: interdictum de vi ohne Zusatz [4]), oder interdictum, *unde ille me vi dejecit* [5]), das zweite: interdictum de vi hominibus armatis, oder interdictum de armatis hominibus [6]), oder de vi armata [7]). Das erste scheint der genaueste Ausdruck zu seyn; denn ohne Zweifel war die Formel diese: unde tu illum vi, hominibus armatis, dejecisti, restituas. Nimmt man diese Terminologie an, so

[1]) *Heinrich* l. c.

[2]) *Cicero* pro Caecina Cap. 32. „In illa vi quotidiana non satis est" etc.

[3]) *Cicero* pro Caecina Cap. 31. „Cur ergo aut in illud quotidianum interdictum, *unde ille me vi dejecit*, additur" etc.

[4]) So in der Ueberschrift des Pandektentitels.

[5]) S. o. Note 3.

[6]) *Cicero* pro Caecina Cap. 8. 31. Ep. fam. XV. 16.

[7]) So in der Ueberschrift des Pandektentitels.

stimmen hierin die Pandekten weit mehr mit Cicero überein, als wenn man vis quotidiana als Kunstausdruck ansieht; auch wird dadurch der Zusammenhang beider Interdicte deutlicher. Genau genommen, war es nämlich nur ein einziges Interdikt, das de vi; zuweilen aber erhielt dieses Interdict einen erschwerenden Zusatz, welcher dann auch durch einen Zusatz in der Benennung ausgedrückt wurde: de vi, *hominibus armatis.*

4) Die deductio quae moribus fit. Es gehörte zu der Form mancher Streitigkeiten über Grundstücke (ich lasse noch dahin gestellt, welcher Streitigkeiten), daß beide Parteien in dem Grundstück an einem verabredeten Tage zusammen kamen, und daß Einer den Andern hinausführte, d. h. zum Schein mit Gewalt hinauswarf, denn die ganze Handlung wird eine verabredete Gewalt (ex conventu vim fieri) genannt [1]).

Vor Allem ist zu untersuchen, welcher Rechtsstreit

[1]) *Cicero* pro Caecina Cap. 7. „placuit Caecinae, de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur. Colloquuntur. Dies ex utriusque commodo sumitur. Caecina cum amicis ad diem venit" etc. — ib. Cap. 8. „ . . . ad eum fundum profectus, ex quo ex conventu vim fieri oportebat." — *Cicero* pro Tullio Cap. 16. „Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum".

durch diese Form eingeleitet werden sollte. Man könnte dabei zunächst an das interdictum de vi denken, zu dessen Form dann die deductio gehört hätte, auf ähnliche Weise, wie die lis vindiciarum zur Form der Eigenthumsklage gehörte. Zu dieser Meinung könnte der Umstand führen, daß in der That in der Rede pro Caecina die deductio und das Interdict neben einander genannt werden. Allein diese Verbindung ist ganz zufällig, und die ganze Erklärung der deductio, die darauf gebaut werden möchte, ist verwerflich. Vielmehr gehört die deductio lediglich zur rei vindicatio. Denn erstlich paßt eine symbolische Handlung, wie diese, zwar sehr gut zu der altfeierlichen Vindication, aber gar nicht zu dem blos prätorischen Institut der Interdicte. Zweitens steht die deductio in Verbindung mit dem Interdict nur allein in der Rede pro Caecina; in der pro Tullio dagegen ist von einem Interdict gar nicht die Rede, sondern es wird nachher die actio vi bonorum raptorum angestellt, woraus also auch für die Rede pro Caecina deutlich erhellt, daß die Verbindung der deductio mit dem Interdict eine blos factische und zufällige ist. Drittens endlich sagt Cicero in der Rede pro Caecina ganz deutlich, daß die deductio zum Behuf der rei vindicatio verabredet worden sey (Cap. 7.): denuntiat, fundum illum ... *suum esse*....

Cum *hoc novae litis genus* tam malitiose intenderet, placuit Caecinae de amicorum sententia constituere, quo die . . . deduceretur. Auch in der Rede pro Tullio wird nicht undeutlich auf dieselbe Veranlassung der deductio hingewiesen [1]).

Der wahre Zusammenhang nämlich scheint dieser. Ursprünglich gingen nach Gellius die Parteien mit dem Prätor nach dem streitigen Grundstücke. In der Folge gingen sie allein vom Prätor nach dem Grundstück, und kehrten mit einer Scholle zurück. So sagt Gellius, und diese Form mag sich auch in spätern Zeiten erhalten haben, wenn das Grundstück in Rom oder nahe bei der Stadt lag. Ganz anders bei entfernten Grundstücken [2]). Nun wäre die gerichtliche Handlung, nachdem sie vor dem Prätor angefangen war, vielleicht wieder auf mehrere Wochen unterbrochen gewesen. Lebten die Parteien selbst in der entfernten Gegend, worin das strei-

[1]) *Cicero* pro Tullio Cap. 13. „Est in eo agro centuria quae Populiana nominatur, Recuperatores, *quae semper M. Tulli fuit*" . . . ib. Cap. 15. 16. „Deinde iste pater familias Asiaticus . . . animadvertit in hac ipsa centuria Populiana aedificium non ita magnum, servumque M. Tulli Philinum. Quid vobis, inquit, istic negoti *in meo est?* . . . Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur."

[2]) Das Grundstück, wovon die Rede pro Caecina handelt, lag im Gebiet von Tarquinii, das in der Rede pro Tullio gar im Gebiet von Thurii im äußersten Lucanien.

tige Grundstück lag, so hätten sie jener Form wegen ohne allen reellen Zweck zweimal die weite Reise machen müssen. Darum wurde nun eine sehr natürliche Abänderung der alten Form gewöhnlich. Die Parteien verabredeten und vollzogen die deductio für sich, ohne den Prätor vorher anzugehen, blos mit einigen Freunden, die als Zeugen dienten. So kommt die Sache in beiden Reden des Cicero vor. Die Parteien brachten ohne Zweifel (wenn die Sache nicht, wie in den angeführten beiden Fällen, durch Gewaltthätigkeit einen andern Gang nahm) die Scholle schon mit, wenn sie nach Rom vor den Prätor kamen. Um aber das Andenken der älteren Form zu erhalten, mögen sie nur zum Schein weggegangen und gleich wiedergekommen seyn, gleich als ob sie eben jetzt erst die Scholle abgeholt hätten. Darauf geht denn die Beschreibung des Ritus in der Rede pro Muraena. Nimmt man diese Erklärung an, so erhält die ganze Sache einen wahrhaft praktischen Zusammenhang, und zugleich verschwindet aller Widerspruch zwischen den Zeugnissen des Cicero und des Gellius.

In den Quellen selbst scheint nun keine Schwierigkeit mehr übrig; allein viele neuere Schriftsteller haben eine große Schwierigkeit hineingetragen durch die Art, wie sie das interdictum de vi (quotidiana)

ansehen. Sie nehmen an, die vis quotidiana des Cicero sey einerlei mit der vis civilis oder festucaria des Gellius; jenes Interdict also gehe gleichfalls auf eine symbolische, nicht ernstliche Gewaltthätigkeit. Nach dieser Meinung würde die Sache so stehen: 1) Für das Eigenthum gäbe es eine Vindication, und zu deren Einleitung gehörte das manum conserere, die deductio, das interdictum de vi quotidiana. 2) Für ernstliche Gewaltthätigkeit, ganz unabhängig von Eigenthum, wäre nur allein das interdictum de vi armata brauchbar gewesen. Allein diese Meinung ist durchaus verwerflich, und beide Interdicte gehen vielmehr auf wahre, ernstlich gemeinte Gewaltthätigkeit, wie sich leicht zeigen läßt. Erstlich würde nach jener Meinung eine unbegreifliche Lücke übrig bleiben. Wenn nämlich Einer den Andern aus einem Hause mit Gewalt, aber ohne Waffen, wirklich hinauswarf, so würde nun der Hinausgeworfene auf die rei vindicatio reducirt gewesen seyn und durchaus kein Interdict gehabt haben, was doch völlig undenkbar ist, sobald man überhaupt einmal possessorische Interdicte voraussetzt. Zweitens bemerkt Cicero bei dem Interdict de vi armata als etwas Besonderes, daß die einjährige Verjährung wegfalle; offenbar will er damit den Unterschied beider Interdicte andeuten, so daß das

gewöhnliche Interdict de vi dieser Verjährung unterworfen gewesen seyn muß [1]). Diese Verjährung aber, so begreiflich sie bei einer Klage wegen wirklicher Gewalt ist, hat bei einem blos prozessualischen Ritus durchaus keinen Sinn. Ganz entscheidend aber ist folgende Stelle der Pandekten, worin der alte Unterschied beider Interdicte sichtbar geblieben ist [2]): „Interdictum hoc, quia atrocitatem facinoris in se habet . . . verius est, nec liberto in patronum, nec in parentes liberis dandum esse . . . aliter, atque si vi armata usus sit adversus libertum patronus, vel adversus liberos parens: nam hic interdictum competit.“ Offenbar werden hier die zwei alten Interdicte de vi einander entgegengesetzt, und selbst von dem ohne Waffen wird behauptet, daß es eine atrocitas facinoris voraussetze, was offenbar auf eine ernstliche Gewalt geht, und bei einer bloßen Feierlichkeit des Prozesses völlig sinnlos seyn würde.

Was diesen Irrthum veranlaßt hat, ist offenbar wieder der mißverstandene Zusammenhang in der Sache des Cäcina. In dieser Sache war eine symbolische Gewalt verabredet worden; wäre es dabei

[1]) *Cicero* ep. fam. XV. 16. „postulabimusque, ex qua haeresi, *vi, hominibus armatis*, dejectus sis, in eam restituare. *In hoc* interdicto non solet addi: in hoc anno.“

[2]) L. 1. §. 43. D. de vi (43. 16.).

geblieben, so würde darauf die Vindication, und durchaus kein Interdict, gefolgt seyn. Nun aber kam es anders: Cäcina wurde von seinem Gegner (wenigstens nach Cicero's Behauptung) dejicirt, und zwar mit Waffen. Jetzt ruhte die Vindication und es kam zu einem interdictum de vi mit dem Zusatz hominibus armatis. Weil nun blos dieses der Vindication gegenüber steht, so nimmt man stillschweigend an, es hätte kein dritter möglicher Fall in der Mitte gelegen. Das ist aber falsch; Cäcina hätte auch ohne Waffen dejicirt werden können, und auch dann würde er haben ein Interdict nachsuchen können, nämlich das de vi ohne Zusatz; nur hätte freilich Cicero durchaus keine Veranlassung, von diesem blos möglichen Fall zu unserer Belehrung zu reden. Sehr ähnlich war der Fall in der Rede pro Tullio. Auch dabei war die symbolische Gewalt verabredet, es kam aber wieder nicht dazu, sondern vielmehr zu schwerer Gewaltthätigkeit: Sclaven wurden ermordet oder verwundet, das Haus verwüstet. Auch nun ruhte die Vindication, und es kam vorerst zu einer ganz anderen Klage, aber freilich nicht zu einem Interdict (denn es scheint keine dejectio geschehen zu seyn), sondern zu einer actio vi bonorum raptorum.

Ich will das Resultat dieser Untersuchung nochmals in wenig Worten zusammenfassen.

1) Aus dem Eigenthum entspringt die Vindication, und zu dieser gehört Das, was Gellius die vis civilis oder festucaria nennt, und die deductio quae moribus fit.

2) Aus der gewaltsamen dejectio entspringt das interdictum de vi, und zwar:

a) ohne Zusatz, wenn keine Waffen gebraucht sind, was Cicero vis quotidiana nennt, die also mit der vis civilis oder festucaria des Gellius nicht die geringste Aehnlichkeit hat;

b) sonst aber mit dem Zusatz: hominibus armatis, mit welchem dann große Nachtheile des Beklagten verbunden sind.

Ist diese Darstellung richtig, so wird es leicht seyn, die sehr mannichfaltigen Abweichungen neuerer Schriftsteller daraus zu berichtigen, deren genauere Untersuchung kein besonderes Interesse haben würde. Nur Das mag zum Schluß bemerkt werden, daß Hotomanus hierin, wie in so vielen Stücken des juristischen Alterthums, als Haupt der irrigen Meinungen betrachtet werden kann; denn obgleich Andere vor ihm auf ähnlichem Wege gewesen sind, so hat er doch die Sache am sorgfältigsten behandelt, und so am Meisten zur Befestigung des Irrthums bei-

getragen [1]). **Ferratius** ist der einzige Schriftsteller, bei welchem ich die richtige Ansicht ganz rein gefunden habe [2]); nur hat er sie zu beiläufig aufgestellt, als daß er damit hätte durchdringen können.

[1]) *Hotomanus* in Cic. pro Caecina Cap. 1. und Obss. VII. 6. — Eben so wenig frei von Verwechslung sind: *Omphalius* in Cic. pro Caecina. Paris. 1535. 4. p. 41. *Sigonius* de jud. I. 21. *Cujacius* Obss. V. 17. *Graevius* in Cic. pro Caecina Cap. 7. *Cramer* ad Cic. pro Tullio Cap. 16. *Heinrich* ibid.

[2]) *M. A. Ferratii* epist. ed. 2. Venet. 1738. 4. Lib. 1. ep. 12.

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung. 1849.

In Folge der Entdeckung des Gajus und mancher neueren Untersuchungen sind gegenwärtig folgende Berichtigungen nöthig.

Zuvörderst muß berichtigt werden der irrige Kunstausdruck Lis vindiciarum, welcher in der Ueberschrift der Abhandlung und anderwärts (S. 296. 300.) gebraucht ist, und welcher sich Jahrhunderte lang bei allen Schriftstellern in unbestrittenem Besitz erhalten hatte. Die Entstehung des Irrthums war folgende.

Cicero kommt, unter vielen dem Verres gemachten Vorwürfen, auch auf die widerrechtliche Abfassung seines Edicts über das Erbrecht [1]). Bei dieser Gelegenheit drückt er das richtige Verfahren anderer Prätoren so aus: „Si quis testamento se

[1]) Cicero in Verrem I. 45.

heredem esse arbitraretur, . . . lege ageret in hereditatem, aut, pro praede *litis vindiciarum* cum satis accepisset, sponsionem faceret: ita de hereditate certaret.“ Er beschreibt hier zwei mögliche Formen des Rechtsstreits über die Erbschaft, augenscheinlich parallel gehend mit den Formen der Vindication des Eigenthums.

Zur Erklärung der Worte litis vindiciarum sagt der sogenannte Asconius Folgendes: „*Lis vindiciarum* est, cum litigatur de ea re apud praetorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor“. Da man nun lange Zeit annahm, dieser Schriftsteller gehöre dem ersten Jahrhundert an, also der Zeit des reinen alten Rechts, so wurde es als unzweifelhaft betrachtet, daß Lis vindiciarum der Kunstausdruck gewesen sey für den vorbereitenden Theil des alten Vindicationsprozesses, worin zunächst das Besitzverhältniß festgestellt werden sollte, also für einen Inbegriff gewisser Prozeßhandlungen.

Nun ist zuvörderst die Autorität des erwähnten Schriftstellers durch den neuerlich geführten Beweis, daß er dem vierten Jahrhundert angehört, also nicht von der eigenen Anschauung des alten Rechtslebens erfüllt seyn kann, entkräftet worden, so daß jene Erklärung der Stelle des Cicero nur noch als ein

Versuch, als ein Einfall, gelten kann, nicht mehr als geschichtliches Zeugniß. Dann aber ist uns durch Gajus das wahre Verhältniß in folgender Weise klar geworden [1]).

Es gab zu seiner Zeit drei Formen der Eigenthumsklage: durch legis actio, per sponsionem, und per petitoriam formulam. In der legis actio stellte der besitzende Beklagte „praedes litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum". In der Klage per sponsionem verpflichtete sich der Beklagte durch eine Stipulation „pro praede litis et vindiciarum", die diesen Namen führte, weil sie geleistet wurde anstatt der alten praedes „pro lite et vindiciis, id est, pro re et fructibus". Die Bürgschaft des ältesten Rechts also, nachgeahmt in der neueren Sponsionsklage, wurde geleistet für die streitige Sache selbst (pro re, pro lite), und für die Früchte der Zeit des Prozesses, d. h. für die Vortheile des Besitzes (pro fructibus, pro vindiciis). Hieraus ist es klar, daß litis vindiciarum die wirkliche alte Formel war in dem Sinn von litis, vindiciarum, oder litis *et* vindiciarum [2]), und daß daraus der Kunstausdruck lis vin-

[1]) Gajus IV. §. 16. 91. 94.

[2]) Bei Cicero steht litis vindiciarum, und eben so einmal bei Gajus (§. 94.); dagegen litis *et* vindiciarum zweimal bei Gajus (§. 16. 91.), wobei das *et* offenbar zur Erklärung eingeschoben ist.

dicialium nur durch einen Irrthum des sogenannten Asconius in der Erklärung der Stelle des Cicero entstanden ist.

Was nun die Sache selbst betrifft, so muß ich die von mir vorgetragene Lehre von der wirklichen und symbolischen Gewaltthätigkeit, welche letzte sich blos auf die Eigenthumsklage, nicht auf das possessorische Interdict bezog, noch jetzt vertheidigen. Nur in Einem Stück dieser Lehre muß ich die abweichende Ansicht eines neueren Schriftstellers für sehr beachtenswerth erklären [1]:

Ich habe nämlich die deductio quae moribus fit für ein Stück in der Reihe symbolischer Handlungen gehalten, welche in der alten legis actio vorkamen [2]; Keller aber hat auszuführen gesucht, daß die deductio nicht zur legis actio, sondern zur Sponsionsklage gehörte, in welcher sie ein Ueberrest aus den alten manus consertae der legis actio sey, gerade so, wie in der Sponsionsklage nicht mehr die

[1]) Keller über die deductio quae moribus fit und das Interdictum Uti possidetis, Zeitschrift B. XI. 1842. N. IX. S. 289—304. und S. 329—331. — Eben so Keller Semestria Lib. 2. 1843. p. 366—371.

[2]) Damit stimmt auch überein: Huschke über Cicero pro Tullio p. 128—130. (s. Bd. 3. Num. XXX. der gegenwärtigen Sammlung).

alten praedes litis vindiciarum vorkamen, wohl abèr, als Ueberrest derselben, eine Stipulation *pro praedc* litis vindiciarum. Es war nach dieser Ansicht eine Uebergangsform, gleichsam die symbolische Form der alten Zeit in abgeschwächter Gestalt. Die Anwendung aber war die, daß bei unstreitigem Besitz eines Grundstücks die deductio von Seiten des Beklagten gegen den Kläger vorkam, bei streitigem Besitz dagegen das Interdict Uti possidetis angewendet wurde. Die deductio war eine bildliche Behauptung des Besitzes gegen einen scheinbaren Angriff von Seiten des Gegners.

Die Hauptgründe für diese Ansicht sind folgende. Wollten wir die deductio in die legis actio versezzen, so müßten die einzigen Rechtssachen, worin sie überhaupt erwähnt wird (pro Caecina und pro Tullio) Centumviral-Klagen gewesen seyn, welches aber aus mehreren Gründen verworfen werden muß. Ferner finden sich Nachrichten von dem Verfahren in der Eigenthumsklage per legis actionem nur bei Gajus und bei Gellius. In beiden Nachrichten aber wird die deductio nicht erwähnt; ja es findet sich in denselben eigentlich kein Raum, in welchen die deductio etwa hinein gedacht werden könnte.

Im Widerspruch mit dieser neu aufgestellten Ansicht sucht Rudorff die ältere (auch von mir

früher vertheidigte) Meinung in folgender Weise zu vervollständigen und zu rechtfertigen [1]). Die symbolische Handlung in der legis actio war verschieden, je nachdem die Parteien über den gegenwärtigen Besitz uneinig oder einig waren. Im ersten Fall wurde die Form der manus consertae angewendet, die augenscheinlich auf einen wirklichen Streit hindeutet, dessen ernstliche Entscheidung die Stelle des späteren Interdicts vertrat. Im zweiten Fall trat die deductio quae moribus fit ein, deren Bezeichnung bei Cicero als einer *ex conventu* vis facta auf den nicht streitigen Besitz hindeutet. In der Eigenthumsklage per sponsionem dagegen kam eine symbolische Handlung gar nicht mehr vor.

Eine sichere Entscheidung dieser Streitfrage ist bei den sehr spärlichen und unvollständigen Quellenzeugnissen nicht möglich; jede der angeführten Meinungen läßt sich mit Schein vertheidigen. Am wenigsten kann ich mit Keller in folgender Behauptung übereinstimmen.

Er nimmt an, daß die deductio auch in der petitoria formula, nicht blos in der Sponsionsklage, angewendet worden sey. Allerdings haben

[1]) In einer Recension der Semestria von Keller (Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik. Berlin, October 1843. Num. 76. S. 603. 604.).

wir darüber keine Zeugnisse, weder für noch wider diese Annahme. Für wahrscheinlich aber kann ich es nicht halten, daß in der petitoria formula, einer auf das rein praktische Bedürfniß eingerichteten arbiträren Klage, einzelne Stücke aus den alten symbolischen Formen jemals hätten erscheinen sollen.

XII.

Ueber die lex Cincia de donis et muneribus und deren spätere Umbildungen.

Vorbemerkung.

Die erste Ausgabe dieser Abhandlung findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4. Heft 1. 1818. Num. I. S. 1—59.

Sie ist im gegenwärtigen Abdruck unverändert geblieben; es ist ihr aber am Schluß ein Nachtrag aus gegenwärtiger Zeit (1849) hinzugefügt worden.

Der Gegenstand dieser Abhandlung hat ein zwiefaches Interesse: erstlich durch mancherlei Schwierigkeiten, gegründet in mangelhaften und widersprechenden Nachrichten, die wir hierüber in alten Schriftstellern, so wie in den Rechtsquellen finden; zweitens durch die eigenthümlich feine Behandlung der Sache im alten Recht. Man hatte nämlich einen

deutlich gedachten löblichen Zweck vor Augen, aber man glaubte diesen Zweck doch nur auf einem Umwege, und nur mit der äußersten Schonung der individuellen Freiheit verfolgen zu dürfen. Eine solche Umsicht muß uns, nach Dem, was wir in solchen Fällen von den Gesetzverfassern neuerer Zeiten zu erfahren gewohnt sind, sehr fremdartig vorkommen. Vorzüglich seltsam aber muß sie uns erscheinen, da sie in einem Beschluß des Römischen Volks angewendet worden ist, also unter solchen Verhältnissen, in welchen weit leichter, als in unsern Verfassungen, der täuschende Schein entstehen konnte, daß der gesetzgebende Souverän kein Recht und keine Freiheit der Einzelnen zu schonen habe.

I.

Lex Cincia. Ihr Inhalt im Allgemeinen.

Das erste, und lange Zeit das einzige, Gesetz über diesen Gegenstand war die lex Cincia, ein Plebiscit des Tribuns M. Cincius Alimentus, vom Jahr der Stadt 550. Brummer, der ausführlichste Schriftsteller hierüber [1]), hat als Inhalt die-

[1]) *Fr. Brummeri* Comm. ad L. Cinciam. Paris 1668. 4.

ses Gesetzes drei Kapitel aufgestellt, und ihm sind die meisten Neueren beigetreten:

1) Wer als Sachwalter einen Andern vor Gericht vertrete, solle dafür kein Geschenk annehmen.

2) Keine Schenkung über eine gewisse Summe hinaus (ungewiß, wie groß) solle gültig seyn.

3) Alle Schenkungen überhaupt sollten nur durch Mancipation oder Tradition Gültigkeit erlangen.

Es ist aber ganz unrichtig, wenn man ihn für den Urheber dieser Darstellung ansieht; die Geschichte derselben ist vielmehr diese.

Das erste unter diesen drei Kapiteln konnte am wenigsten übersehen werden, da es auf ganz deutlichen Zeugnissen der Alten beruht [1]). Auch haben dasselbe Mehrere unter den Neueren richtig angegeben, während sie von einem anderen Inhalt der lex Cincia Nichts wissen. Dahin gehören Zasius, und in seinen früheren Schriften Hotomanus [2]).

[1]) *Tacitus*, Ann. XI. 5. XII. 42. XV. 20. Eben darauf geht *Livius* XXXIV. 4. Dagegen sind ganz unbestimmt die Erwähnungen bei *Cicero* de orat. II. 71. ad Atticum I. 20. de senect. 4. und bei *Festus* v. muneralis. *Arnobius* adv. gentes. Lib. 2. p. 91.

[2]) *Zasii* catal. legum antiqu. Argent. 1551. 8. fol. 24. — *Hotomani* legum Romanarum index. Basil. 1558. 8. p. 13.

Cujacius hat zuerst zu diesem Kapitel der lex Cincia ein zweites hinzugefügt, über das Maaß der Schenkungen nämlich. Ein drittes Kapitel, über die Form der Handlung, nimmt er nicht an, indem er die Mancipation oder Tradition nur als die Bedingung betrachtet, unter welcher die lex Cincia die Verwandten von dem Verbot der höheren Schenkungen ausgenommen habe. Diese Ansicht findet sich in seinen Observationen. Aber späterhin, in den Vorlesungen über Papinian, neigt er sich zu der Annahme einer selbstständigen Bestimmung auch über die Form der Handlung, obgleich er nicht ausdrücklich der lex Cincia jene drei von einander unabhängigen Kapitel beilegt [1]. Der erste, welcher Dieses ausdrücklich thut, ist Hotomanus, der also hierin seine frühere Ansicht geändert hat [2]. Nach ihm hat J. Gothofredus dieselben drei Kapitel aufgestellt; er erklärt sich aber so, daß man glauben muß, er habe seinen Vorgänger nicht gekannt [2].

[1]) *Cujacius* Obss. VI. 18. (vom J. 1564.), und in Lib 29. quaest. Papin., L. 27. D. de donat. Opp. T. 4. p. 786. ed. Neap.

[2]) *Hotomanus* de donationibus, cap. 9. §. 35., Opp. T. 1. p. 616. Es ist ein Stück seiner disputationes, und also mit diesen wenigstens schon 1569 gedruckt. Vergl. *Majans.* epist. V. 5. p. 255. — Diese Ansicht ist dann auch in die neueren Ausgaben des Werks de legibus übergegangen, vergl. Opp. T. 9. p. 209.

[3]) *J. Gothofredus* in L. 4. C. Th. de don. (8. 12.). „Hujus

Ebendieselbe Ansicht findet sich dann bei Retes [1]), und endlich bei dem oben angeführten Brummer, dem also auf keine Weise die Ehre der Entdeckung zugeschrieben werden kann.

Das erste Kapitel nun (über die Sachwalter) liegt außer unsrer gegenwärtigen Untersuchung. In Ansehung des zweiten und dritten aber wird es besser seyn, die Ordnung umzukehren, und zuerst von der Mancipation oder Tradition (dem dritten Kapitel bei Brummer), dann von dem Maaß der Schenkungen (dem zweiten Kapitel) zu handeln.

II.

Mancipation oder Tradition als drittes Kapitel der lex Cincia.

Daß als Form der Schenkung die Mancipation oder etwas Aehnliches gesetzlich vorgeschrieben war, scheint nach vielen Stellen gewiß; die lex Cincia als Grund dieser Regel wird in Einer Stelle ausdrück-

legis non unum tantum caput fuit (quod hactenus censent, qui legum fragmenta et catalogos scripsere) verum varia capita ejus fuere . . ."

[1]) *Retes* de donationibus, cap. 19. bei *Meerman*, T. 6. p. 644. sqq. Zuerst Salmanticae 1666. 4.

lich angegeben. Die nächsten Verwandten allein, wenn sie einander beschenken wollten, sollten dieser Vorschrift nicht unterworfen seyn.

Das Daseyn einer solchen Vorschrift im Allgemeinen beweisen zuerst mehrere alte Inschriften, worin Schenkung und Mancipation fest verbunden erscheinen, indem darin diese Ausdrücke vorkommen: donationis mancipationisque causa, donationis causa emancipare u. s. w. [1]). Noch unzweideutiger ist folgende Stelle aus den Briefen des Plinius [2]): „Mater Romani liberalitatem sestertii quadringenties, quod conferre se filio codicillis ad patrem tuum scriptis professa fuerat, nondum satis *legitime peregerat:* quod postea fecit admonita a nobis. Nam et *fundos emancipavit,* et cetera, quae in emancipatione implenda solent exigi, consummavit.“ Hier wird offenbar die Mancipation der geschenkten Grundstücke als eine durch die lex vorgeschriebene Form der Schenkung erwähnt. Tacitus ferner erzählt einmal die Schenkung eines Grundstücks [3]); Suetonius aber, welcher dieselbe Geschichte erzählt, nennt diese Handlung eine Mancipation [4]).

[1]) *Brummer* l. c. cap. 14.

[2]) *Plinii* epist. X. 3.

[3]) *Tacitus,* hist. I. 24. „agrum . . . dono dederit.“

[4]) *Suetonius*, Otho. 4. „agrum redemit emancipavitque.“

Weit bestimmter aber und ausführlicher ist die Nothwendigkeit einer solchen Form der Schenkung in den Constitutionen=Sammlungen ausgedrückt. In drei Constitutionen von Constantin und seinen Söhnen wird die Mancipation oder Tradition für alle Schenkungen gefordert, die nicht von den nächsten Verwandten herrühren [1]); die erste derselben nennt ausdrücklich die hierin begünstigten Verwandten exceptas Cinciae legi personas, woraus offenbar folgt, daß die Regel selbst, worauf sich diese Ausnahme bezog, durch die lex Cincia gegeben war. Ein Rescript von Diocletian und Maximian fordert Mancipation oder in jure cessio, und folgert daraus sehr richtig, daß niemals ein Vermögen im Ganzen geschenkt werden könne, sondern nur eine bestimmte einzelne Sache, weil (abgesehen von Erbschaften) nur eine solche mancipirt oder cedirt werden konnte [2]). Theodosius II. fordert schlechthin die Tradition [3]); Justinian aber erzählt, daß man ehemals bei

[1]) L. 4. C. Th. de donat. (8. 12.). Diese Stelle wird weiter unten erklärt werden. — L. 5. eod. — L. 7. eod. „. . . in omnibus deinceps observari negotiis oportebit, ut donatio inter extraneos minus firma judicetur, si jure mancipatio et traditio non fuerit impleta."

[2]) Cod. Hermogen. VI. 1. vgl. in derselben Sammlung VI. 2.

[3]) L. 8. C. Th. de don. (8. 12.). Vgl. Lex Romana Burgund. (Papian.) Tit. 22.

Schenkungen den sestertius namentlich erwähnt habe, was er nunmehr für überflüssig erklärt [1]). Dieses deutet unleugbar auf die Mancipation, wozu man in neueren Zeiten den sestertius, so wie früherhin das rauduseulum gebrauchte [2]). In einer andern Stelle deutet Justinian auf die ehemalige Nothwendigkeit der Tradition, und schreibt diese Vorschrift der lex Cincia zu [3]).

Auf den ersten Blick zwar scheinen diese Stellen einander zu widersprechen, indem einige die Mancipation oder die Tradition allein nennen, andere die Mancipation verbunden mit der Tradition, oder mit der in jure cessio, als ob zwischen beiden die Wahl statt finden sollte. Dieser Widerspruch aber verschwindet, wenn man die Natur und Bestimmung dieser drei Handlungen erwägt. Sie alle dienten zur Veräußerung des vollständigen oder quiritarischen Eigenthums, jedoch so, daß die Mancipation nur bei den res mancipi gebraucht wurde, d. h. bei

[1]) L. 37. C. de don. (8. 54.). „Verba superflua, quae in donationibus poni solebant, scilicet *sestertii numi unius, assium quatuor*, penitus esse rejicienda censemus.“ Die Worte assium quatuor hält Brummer p. 222. ohne Noth für unächt. Cujacius aber emendirt sehr gut: sestertio numo uno, assium quatuor. (Obss. X. 37.)

[2]) *Meerman* de rebus mancipi. p. 175.

[3]) Nov. 162. c. 1.

Grundstücken in Italien, bei Sclaven, Pferden, Ochsen, Eseln und Mauleseln, die Tradition nur bei den res nec mancipi, z. B. bei baarem Gelde, die in jure cessio aber bei allen Sachen ohne Unterschied [1]). Es ist also theils aus der zufälligen Veranlassung dieser Stellen, theils aus der Ungenauigkeit ihres Ausdrucks zu erklären, daß in denselben dieser Zusammenhang nicht vollständig angegeben ist, und der gleichförmige Sinn derselben ist unleugbar dieser, daß zur Gültigkeit der Schenkung die gegenwärtige, unmittelbare Uebertragung des quiritarischen Eigenthums nöthig sein sollte, also bei einer res mancipi die Mancipation oder in jure cessio nach freier Wahl, bei einer res nec mancipi die Tradition oder in jure cessio wiederum nach freier Wahl. Dieses steht in so nothwendigem inneren Zusammenhange, daß es uns nicht irre machen darf, wenn einige oben angeführte Stellen unbestimmt und in scheinbarer Allgemeinheit die Tradition allein für nöthig erklären. Dieses ist gewiß nur von res nec mancipi zu verstehen, wie es auch in folgender Stelle fast buchstäblich ausgedrückt ist: „De animalibus, vestibus, gemmis, vel quocunque metallo, vel aliis quae pondere, numero, mensura constant, omnem

[1]) *Ulpian*. XIX. 3. 7. 9.

donandi solennitatem in sola traditione posse constare [1]). Wer also, um zu schenken, seinen Sclaven (eine res mancipi) blos tradirte, anstatt ihn zu mancipiren, that etwas Ungültiges; desgleichen, wenn er baares Geld, anstatt es baar auszuzahlen, blos durch Stipulation versprach. Beide Handlungen nämlich kamen darin überein, daß der Empfänger kein quiritarisches Eigenthum bekam, sondern im ersten Fall blos bonitarisches Eigenthum, im zweiten nur eine Klage aus der Stipulation [2]). Auch wird unten gezeigt werden, daß gerade die Hauptabsicht des Gesetzes darauf gerichtet war, die Stipulationen auszuschließen.

Aber eben diese Ausschließung der Stipulation, die in der Vorschrift der Mancipation oder Tradition wesentlich mit enthalten ist, könnte beinahe das Daseyn einer solchen Vorschrift wieder zweifelhaft machen. Nach mehreren Stellen der Pandekten näm-

[1]) Lex Romana Burgund. (Papian.) Tit. 22.

[2]) Wie aber, wenn der Schenkende selbst den Sclaven nur in bonis hatte? War nun alle Schenkung unmöglich, oder forderte das Gesetz überhaupt nur, daß der Schenkende alles Recht übertrage, was er selbst an einer Sache habe, d. h. daß durch die Schenkung Alles sogleich abgemacht werde, nicht etwas Unvollendetes zurückbleibe? Ich glaube dieses Letzte, und zwar am bestimmtesten in Ansehung der Sachen, an welchen das quiritarische Eigenthum gar nicht möglich war, nämlich der Provinzialgrundstücke. Diese wurden ohne allen Zweifel durch Tradition gültig verschenkt. Vgl. weiter unten.

lich konnte aus einem solchen Schenkungsversprechen unter gewissen Einschränkungen dennoch geklagt werden [1]). Eben dahin deutet die sehr bekannte Rechtsregel, daß Derjenige, welcher aus einem Schenkungsversprechen verklagt wird, nicht in solidum, sondern nur in quantum facere potest condemnirt werden darf, d. h. daß man ihm in jedem Fall wenigstens so viel übrig lassen muß, als er zu seinem nothdürftigen Unterhalt braucht [2]). Diese auf bloße Billigkeit gegründete Einschränkung der Stipulationsklage setzt offenbar die allgemeine Gültigkeit derselben voraus, und so möchte man nun fast versucht seyn, die Vorschrift überhaupt zu bezweifeln, welche Brummer als das dritte Kapitel der lex Cincia aufstellt.

III.

Maaß der Schenkung, als zweites Kapitel der lex Cincia.

Ich komme nun zum zweiten Kapitel der lex Cincia nach Brummer's Angabe. Alle Schenkun-

[1]) L. 21. §. 1. L. 24. D. de donat. (39. 5.)

[2]) L. 19. §. 1. L. 30. D. de re jud. (42. 1.) L. 12. L. 33. pr. §. 3. D. de don. (39. 5.).

gen nämlich sollen nur gültig seyn innerhalb einer bestimmten, uns unbekannten, Summe. Jede Schenkung also, deren Werth mehr beträgt, als diese Summe, soll ungültig seyn, jedoch auch hier wieder mit Ausnahme der nächsten Verwandten.

Für das Daseyn eines solchen gesetzlich bestimmten Maaßes der Schenkung sind in der That sehr deutliche Zeugnisse vorhanden. Dahin gehören zuerst folgende Pandekten-Stellen:

„. . . . habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus. Sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem“[1]).

ferner:

„Fidejussori ejus, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet . . .“ [2]).

endlich:

„Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo ...“[3]).

[1]) L. 21. §. 1. D. de don. (39. 5.).

[2]) L. 24. eod.

[3]) L. 5. §. 5. D. de doli mali et metus exc. (44. 4.) vgl. L. 5. §. 2. eod.

Aus diesen Stellen ist es ganz klar, daß es wirklich ein Maaß erlaubter Schenkungen gab, und daß dieses gerade ein legis modus, ein legitimus modus war, d. h., daß ein Volksschluß dasselbe vorgeschrieben hatte. Daß diese lex gerade die lex Cincia war, ist dabei nicht gesagt; aber da wir aus Dem, was von den übrigen Kapiteln gesagt worden ist, wissen, daß die lex Cincia überhaupt von Schenkungen handelte, da sie als das allgemeine Gesetz über Schenkungen bezeichnet wird [1]), und da wir keine andere lex von ähnlichem Inhalt kennen, so sind wir gewiß berechtigt, auch diese Bestimmung der lex Cincia zuzuschreiben.

Andere Beweise für das Daseyn einer solchen Beschränkung der Schenkung auf einen bestimmten Werth sind diese:

1) Paulus sagt: „Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non

[1]) *Cicero* de orat. II. 71. „M. Cincius, quo die legem de donis et muneribus tulit," und de senect. 4. „suasor legis Cinciae de donis et muneribus." *Livius* XXXIV. 4. „legem Cinciam de donis et muneribus." *Festus* v. muneralis: „Muneralis lex vocata est, qua Cincius cavit, ne cui liceret munus accipere. Plautus: neque muneralem legem, neque lenoniam roga: fuerit necne, flocci aestimo." *Arnobius* adv. gentes Lib. 2. p. 91. „In potestatibus obeundis leges conservatis annarias? in donis, muneribus, Cincias?"

prohibemus“ [1]). Also außer diesem besondern Fall, in welchem die Dankbarkeit gegen den Retter des Lebens eine Ausnahme nöthig machte, sollte eine Schenkung in infinitum nicht erlaubt seyn.

2) Wenn es zweifelhaft war, ob das gesetzliche Maaß überschritten sey, so galt für die Berechnung die Regel, daß nur die Sache selbst angeschlagen werden sollte, nicht die Früchte derselben. War also ein Landgut geschenkt, so sollte dem Empfänger nicht der Weizen oder das Pachtgeld, welches er nachher bezogen hatte, als mitgeschenkt angerechnet werden; eben so, wenn ein Creditor für die Zukunft Zinsen erließ, sollte dieser Erlaß immer gültig seyn, ohne Rücksicht auf das gesetzliche Maaß der Schenkung [2]).

3) Die ganz verstümmelten Anfangsworte der Fragmente des Ulpian lauten so: „prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit.“ Auf die Ergänzung dieser Stelle werde ich unten zurückkommen; aber schon hier ist es auf den ersten Blick klar, daß nach dieser Stelle des Ulpian ein Verbot existirte, welches sich auf den Werth der Schenkung bezog (si plus donatum sit), und daß einige Verwandte von diesem Verbot ausgenommen waren.

[1]) *Paulus* V. 11. §. 6.

[2]) L. 9. §. 1. L. 11. L. 23. pr. D. de donat. (39. 5.)

Die Summe selbst, innerhalb welcher die Schenkung gelten sollte, ist in diesen Stellen nicht genannt; daß es 20000 Sestertien waren, also nahe an 1000 Rthlr. unseres Geldes, wird erst weiter unten bewiesen werden können.

Allein so gewiß auch nach jenen Stellen ein gesetzliches Maaß der Schenkung zu seyn scheint, so erscheinen doch wieder von anderen Seiten Gründe dagegen, wodurch auch hier wieder Alles wankend zu werden droht. In den Briefen des Plinius nämlich werden Schenkungen von ungemein großen Summen erwähnt, ohne irgend eine Bemerkung der zweifelhaften Gültigkeit derselben: eine nämlich von 50000 Sestertien, dann von 100000, von 300000, von 500000 [1]). Eine andere Schenkung, die er erwähnt, beträgt nach verschiedenen Handschriften entweder 40000 oder 400000 [2]); noch eine endlich

[1]) *Plinius,* epp. VI. 32. II. 4. I. 19. VII. 18. — Ganz mit Unrecht hat man einen ähnlichen Zweifel gegen ein gesetzlich vorgeschriebenes Maaß der Schenkung hergenommen aus *Cicero* de officiis II. 15. „Multi enim patrimonia effuderunt inconsulte largiendo." Wie Das geschah, sagt Cicero selbst gleich nachher, nämlich epulis, et viscerationibus, et gladiatorum muneribus, ludorum, venationumque apparatu. Dergleichen konnte kein Gesetz über die Schenkungen verhüten oder gut machen wollen, folglich beweisen auch solche Thatsachen nicht das Geringste gegen das Daseyn eines solchen Gesetzes.

[2]) *Plinius,* epp. VI. 25.

die ungeheure Summe von vierzig Millionen (sestertii quadringenties). Nur weil diese letzte Summe allzu groß schien, hat man sie durch Emendationen zu reduciren gesucht: bald auf 400000, bald auf 1400000 oder auf vier Millionen [1]). Daß diese Schenkungen die oben angenommene Summe von 20000 übersteigen, würde wenig bedeuten, da für diese Summe selbst noch gar kein Beweis geführt worden ist. Man könnte also annehmen, die lex Cincia habe wirklich ein noch höheres Maaß, als jene großen Summen, vorgeschrieben. Wer aber bedenkt, theils, wie wenig Geldreichthum in Rom um die Mitte des sechsten Jahrhunderts im Vergleich mit späteren Zeiten war, theils, daß der Römische Volkscharakter mehr zur Sparsamkeit, als zur Freigebigkeit neigte, der muß ein solches Verbot für höchst überflüssig, ja fast für unmöglich halten. Auch darf man nicht daran denken, durch eine vorausgesetzte Aenderung des Rechts aushelfen zu wollen; denn die Juristen, die lange nach Plinius lebten,

[1]) *Plinius,* epp. X. 3. Anstatt liberalitatem sestertii quadringenties nämlich lies't man quaterdecies, oder quadragies, oder liberalitatem in sestertiis quadringentis. Bedenkt man aber, daß in diesem Fall eine Mutter ihrem Sohne schenkt, so hat die Summe der Handschriften keine so große Unwahrscheinlichkeit. Auch bei uns kommt es ja wohl vor, daß reiche Güterbesitzer noch bei ihrem Leben das Vermögen ihren Kindern abtreten.

behandeln, wie oben gezeigt worden ist, den legis modus, d. h. die alte Vorschrift der lex Cincia, als etwas fordauernd Gültiges.

IV.

Wahrer Inhalt der lex Cincia.

Und so finden sich also überall die größten Zweifel und Widersprüche, sowohl was die Nothwendigkeit der Mancipation, als was das Maß der Schenkung betrifft. Auch hat deshalb Brummer's Darstellung des Inhalts der lex Cincia manchen Widerspruch erfahren. So nimmt Meerman nur das dritte Kapitel über die Mancipation an, verwirft aber das zweite über das Maß der Schenkungen völlig, obgleich er zugiebt, daß irgend eine andere lex dieses Maß bestimmt habe [1]). Hugo aber erklärt das zweite und dritte Kapitel für völlig unerwiesen, und nimmt nur das erste, nicht zu uns'rer Untersuchung gehörige, an, welches von den Sachwaltern handelt [2]).

[1]) *Meerman* ad Paulum V. 11. §. 4., ad Ulpianum I. §. 1. (Thesaurus T. 7. p. 727. 742. 743). Ihm folgt *Stockmann* ad Bach. hist. juris L. 2. C. 2. S. 1. §. 34.

[2]) Hugo Rechtsgeschichte 5te Ausgabe §. 164, 6te Ausgabe §. 171.

Alle diese Zweifel jedoch lassen sich durch ein sehr einfaches Mittel lösen, wenn man nämlich die von Brummer und seinen Vorgängern aufgestellten zwei letzten Kapitel der lex Cincia zu einem einzigen verbindet. Anstatt also, daß Brummer zwei von einander unabhängige Vorschriften annimmt: 1) Keine Schenkung über eine gewisse Summe hinaus solle gelten, 2) eben so auch keine ohne Mancipation oder eine gleich wirksame Form, — gab es vielmehr nur diese einzige Vorschrift: die Schenkungen über eine gewisse Summe hinaus sollten nur durch Mancipation, in jure cessio, oder Tradition Gültigkeit erlangen können. Kleine Schenkungen also blieben ganz der alten Willkür überlassen, große Schenkungen wurden (mit Ausnahme naher Verwandten) bestimmten Formen unterworfen, völlig verboten wurden keine.

Durch diese Annahme sind alle scheinbar widersprechenden Stellen vereinigt. Die Zeugnisse für die Nothwendigkeit der Mancipation bleiben in Ehren, indem sie nur auf große Schenkungen eingeschränkt zu werden brauchen. Die Stellen, welche auch die Stipulation bei der Schenkung als gültig voraussetzen, sind nun von kleinen Schenkungen zu verstehen. Eben so bei den Widersprüchen über das Maaß der Schenkung. Die Stellen, nach welchen

eine Schenkung ungültig seyn soll wegen des überschrittenen legis modus, setzen voraus, daß die gesetzliche Form nicht beobachtet worden war. Die sehr großen Schenkungen bei Plinius dagegen waren gültig, weil man diese Form beobachtet hatte. In der That erklären sich auf diese Weise die meisten Stellen so ungezwungen, daß wenig Zweifel übrig bleibt. Nur bei der ersten Classe der hier erwähnten Stellen bleibt noch einige Bedenklichkeit übrig, bei den Constitutionen der Kaiser nämlich, welche die Nothwendigkeit der Mancipation oder der Tradition oder der in jure cessio in allgemeinen Regeln aussprechen, ohne irgend eine Hindeutung darauf, daß Dieses nur von großen Schenkungen gelten solle [1]). Allein auch dieser Zweifel verschwindet, wenn man erwägt, in welcher Absicht jene Constitutionen eigentlich erlassen wurden. Sie sollten ja nicht die Mancipation u. s. w. als Form der Schenkung zuerst einführen, sondern sie fanden sie als eine bekannte, seit vielen Jahrhunderten vorgeschriebene Form vor, und sie selbst sollten nur einzelne Ausnahmen jener alten Vorschrift ändern oder näher bestimmen und bestätigen. Bei einem so untergeordneten Zweck läßt es sich ge-

[1]) L. 4. 5. 7. 8. C. Th. de don. (8. 12.) Cod. Hermogen. VI. 1. Lex Romana Burgund. Tit. 22. S. o. S. 321. Note 1. 2. 3.

wiß sehr gut denken, daß sie die alte Regel selbst und die Bedingungen derselben als bekannt voraussetzten, und sich nicht damit aufhielten, diese Bedingungen jedesmal vollständig auszusprechen. Die Richtigkeit dieser Erklärung wird durch eine ganz entscheidende Analogie über allen Zweifel erhoben. Es sind nämlich Gründe vorhanden, aus welchen sich ziemlich sicher annehmen läßt, daß die später eingeführte Insinuation stets nur für große Schenkungen vorgeschrieben war, und doch reden auch hierüber manche Constitutionen so allgemein, als ob diese Form für alle Schenkungen ohne Unterschied hätte beobachtet werden müssen [1].

V.

Absicht der lex Cincia.

Nachdem nun der wahre Inhalt der lex Cincia dargethan worden ist, wird es leicht seyn, die Absicht dieses Gesetzes anzugeben. Sie sollte dazu die-

[1]) Z. B. L. 3. C. Th. de donat. (8. 12.) „Promulgatum dudum est, donationes nullo alio modo firmas posse detineri, nisi apud actorum contestationem confectae fueriat." Vgl. L. 1. 5. 6. 8. eod. L. 1. C. Th. de sponsalibus (3. 5.). — Weiter unten wird davon ausführlicher die Rede seyn.

nen, leichtsinnige, übereilte Schenkungen zu verhüten. Daß Dieses nur bei großen Schenkungen nöthig schien, ist sehr natürlich. Aber auch eine große Schenkung kann sehr guten Grund haben, und nur der Uebereilung wollte man vorbeugen. Dazu war denn in der That in jenem Gesetz das Mittel sehr gut gewählt, indem die Gültigkeit der Handlung an Formen geknüpft war, die recht dazu geeignet waren, den Leichtsinnigen, der sein Vermögen verschleudern wollte, zur Besinnung zu bringen. Von der Mancipation und der in jure cessio ist Dieses für sich klar. Beide forderten eine gewisse Zeit zur Vorbereitung, die Sache mußte vor Zeugen oder vor dem Prätor verhandelt werden, wobei es an gutem Rath und an Warnung nicht fehlen konnte, und selbst die Feierlichkeit dieser Handlungen konnte eine ernste Stimmung hervorbringen. Diese Vortheile freilich fehlten der Tradition, welche ganz heimlich und ohne alle Umstände vollzogen werden konnte. Allein auch dabei kostete es oft Zeit und Mühe, die Sache herbei zu schaffen, und die sinnliche Anschauung der Sache, die verschenkt werden sollte, konnte auch hier wieder den Uebereilten zur Besinnung bringen; vorzüglich bei der wichtigsten res nec mancipi, dem baaren Gelde, wenn es in großen Summen verschenkt wurde, ist Dieses ganz augenscheinlich. Was

dagegen am bestimmtesten ausgeschlossen seyn sollte, war die Stipulation, d. h. ein bloßes Versprechen ohne gegenwärtige Erfüllung; und hier ist es recht einleuchtend, wie viel gefährlicher diese Handlung dem Unbesonnenen seyn mußte, als die oben beschriebenen. Denn die Stipulation wurde in einem Augenblick, mit wenigen Worten, ohne Vorbereitung, ohne Zeugen geschlossen, und wie wichtig auch der Gegenstand des Versprechens seyn mochte, so kam doch dieser Wichtigkeit keine Art von sinnlichem Eindruck zu Hülfe. Die Absicht des Gesetzes war also sehr gut erreicht, während auf der andern Seite die Willkür Dessen, der zu einer großen Schenkung fest entschlossen war, nicht gehindert werden sollte; und hierin eben liegt die große Achtung dieses Gesetzes gegen die individuelle Freiheit, die gleich Anfangs gerühmt worden ist.

VI.

Ulpian I. 1. — Lex imperfecta.

Jetzt wird es möglich seyn, die Ergänzung des oben angeführten Fragments aus Ulpian zu erwägen, und bei dieser Gelegenheit einen merkwürdigen alten Sprachgebrauch zu untersuchen. Die Anfangs-

worte nämlich des ganzen Ulpian, wie wir ihn übrig haben, lauten so: „prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit.“ Unmittelbar darauf aber folgt diese Stelle: „Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit: qualis est lex Furia testamentaria ....“ Offenbar wollte Ulpian die verschiedenen Arten verbietender Gesetze, in Beziehung auf die Art ihrer Wirksamkeit, angeben. Voran stand ohne allen Zweifel die lex perfecta, d. h. dasjenige Gesetz, dessen Uebertretung eine ungültige Handlung ist. Die letzte, in der Handschrift des Ulpian ganz erhaltene Art ist die minus quam perfecta, d. h. das Gesetz, welches den Uebertretern nicht mit Ungültigkeit der Handlung droht (non rescindit), wohl aber mit einer Strafe. In der Mitte zwischen beiden Arten stellt er diejenige Art von Gesetzen, welche zwar eine Handlung verhindern will, aber doch dieselbe gültig seyn läßt (non rescindit) und nicht einmal durch eine Strafdrohung entgegen zu wirken sucht. Der Name dieser zweiten Art fehlt uns in der Handschrift; aber diesen Namen wissen wir aus folgender Stelle des Macrobius [1]: „Sed quia inter leges quoque illa imper-

[1]) *Macrobius* in somn. Scip. kurz vor dem Ende des Buchs.

fecta dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur ....“ Und eben darauf deutet die Analogie des alten Kunstausdrucks cretio imperfecta bei Ulpian [1]), wobei auch die Abwesenheit der Strafdrohung das Wesen ausmachte: „Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est, non adjectis his verbis: si non creveris exheres esto ....“ In der Mitte also stand die lex imperfecta.

Cujacius nun hat folgende Ergänzung unsrer Stelle vorgeschlagen: *Imperfecta lex est, veluti Cincia, quae supra certum modum donari* prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit [2]). Da es nun aus andern Gründen sehr wahrscheinlich ist, daß die lex Cincia ein Maaß der Schenkungen vorgeschrieben hat, da ferner

[1]) *Ulpian*. XXII. 34.

[2]) Diese Ergänzung steht zuerst in der Ausgabe von 1566. In den Observationen (XIX. 30. vom J. 1579.) hat Cujacius dann auch die vorhergehenden Worte so restituirt: „Lex aut perfecta est, aut imperfecta, aut minus quam perfecta. Perfecta lex est veluti Aelia Sentia, quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, rescindit. Imperfecta ....“ Allein daß das Beispiel für die lex perfecta völlig willkürlich gewählt war, fühlte Cujacius selbst sehr wohl, und so hat er denn auch in seine spätere Ausgabe des Textes (1586) blos die Ergänzung von Imperfecta an, aufgenommen. Ganz ohne Grund wird die Ergänzung dem P. Pithöus zugeschrieben von Ranchinus, var. lect. II. 7. und Retes, de donat. c. 19. — Die Restitution der Stelle, welche Meerman, ad Ulpian. I. 1., versucht, ist völlig unhaltbar.

von den Bestimmungen der lex Cincia gewiß die nächsten Verwandten ausgenommen waren, wie es hier Ulpian erwähnt, und da wir durchaus keine andere lex über Schenkungen kennen, so ist diese Ergänzung so gründlich und wahrscheinlich, daß ich kein Bedenken finde, sie in den Text aufzunehmen. Aber wie konnte Ulpian sagen, daß die lex Cincia die übermäßigen Schenkungen nicht rescindire? Und was hat überhaupt eine solche lex imperfecta, die weder straft, noch rescindirt, für einen Zweck und Erfolg? Was die erste Frage betrifft, so hat man die Behauptung des Ulpian auf verschiedene Weise zu rechtfertigen gesucht. Brummer erklärt sie daraus, daß doch nicht die ganze Schenkung ungültig sey, sondern nur der das Maaß übersteigende Theil [1]; aber dazu paßt nicht der ganz allgemeine Ausdruck non rescindit. Schulting erklärt dieselbe Behauptung daraus, daß die Obligation doch nicht ipso jure ungültig gewesen sey, sondern nur per exceptionem [2]). Allein da die per exceptionem ganz ungültigen Obligationen (inanes obligationes) nach einer durchgehenden Ansicht der Römischen Juristen praktisch als gar nicht vorhanden betrachtet wur-

[1]) *Brummer* l. c. cap. 12. p. 187.

[2]) *Schulting* ad Ulpian. I. 1. Ihm folgt *Heineccius*, antiquit. Lib. 2. T. 7. §. 12.

den [1]), so läßt sich auch dadurch der Ausdruck non rescindit auf keine Weise rechtfertigen. Die Sache ist aber so zu erklären. Die lex Cincia will leichtsinnige große Schenkungen verhüten; sie erklärt sie aber nicht für ungültig, bedroht sie auch nicht mit einer Strafe, sondern unterwirft sie nur erschwerenden Formen, um dadurch, wo möglich, den Leichtsinnigen zur ruhigen Ueberlegung und zur Reue zu bringen; beharrt er aber dennoch bei seinem Willen, und vollzieht Alles in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, so läßt dann das Gesetz diese Schenkung, die es eigentlich verhüten wollte, bestehen (non rescindit). Nimmt man diese Erklärung an, so ist dadurch nicht nur Ulpian's Behauptung von der lex Cincia gerechtfertigt, sondern auch der allgemeine Begriff einer lex imperfecta erklärt, der sonst allerdings etwas Räthselhaftes hat wegen der scheinbaren Zwecklosigkeit eines solchen Gesetzes.

---

[1]) L. 42. §. 1. D. de oblig. et act. L. 25. D. de verb. obl. L. 10. 55. D. de verb. sign. L. 13. 66. 112. 115. §. 1. D. de reg. juris. Anders verhält es sich freilich mit denjenigen Exceptionen, neben welchen die naturalis obligatio bestehen blieb. Von dieser Art aber war die Exception aus der lex Cincia gewiß nicht, indem ja selbst das Gezahlte zurückgefordert werden konnte. L. 21. §. 1. D. de donat.

VII.

Ausnahme von der Vorschrift der lex Cincia.

Ich komme nun zu der Ausnahme der lex Cincia. Nahe Verwandte sollten derselben nicht unterworfen seyn, und diese Ausnahme, welche von Andern auf jedes der zwei letzten Kapitel besonders bezogen wird, hat nach meiner Ansicht den Sinn, daß unter diesen Verwandten auch große Schenkungen gelten sollten ohne Beobachtung der sonst vorgeschriebenen Form; ohne Zweifel, weil man annahm, unter nahen Verwandten sey eine solche Ueberredung, ein solcher Mißbrauch des fremden Leichtsinns, wie unter fremden Personen, nicht zu befürchten. Welche Verwandte aber waren ausgenommen? So viel ist gewiß, daß in manchen Zeiten auch Seitenverwandte ausgenommen waren, in anderen nur Eltern und Kinder; ferner, daß Antoninus Pius Etwas darüber verordnet hat; alles Uebrige ist sehr bestritten. Man kann nun zuerst annehmen, die lex Cincia selbst habe Eltern und Kinder ausgenommen, Antoninus auch noch die Seitenverwandten; oder zweitens, die lex Cincia enthalte gar keine Ausnahmen, Antoninus habe zuerst dergleichen hinzugefügt. Dieses Letzte nun halte ich für völlig gewiß wegen des Fal=

les, den Plinius anführt, in welchem eine Mutter ihren eigenen Sohn beschenken will, und, um dieses legitime zu thun, die Grundstücke mancipirt, die sie zu dieser Schenkung bestimmt hatte [1]). War also zur Zeit des Trajan in dem allernächsten Grade der Cognation die Mancipation nöthig, so kann die lex Cincia selbst keine Ausnahme dieser Art enthalten haben, sondern alle Ausnahme rührte erst von Antoninus her. Dieser Grund scheint mir so entscheidend, daß selbst der Ausdruck des Ulpian, welcher die Ausnahme mit in die lex selbst zu rechnen scheint [2]), Nichts dagegen beweis't; wie leicht konnte es geschehen, daß Ulpian bei dieser allgemeinen Erwähnung der lex Cincia die neueren Modificationen derselben zugleich mit andeutete, ohne mit überflüssiger Genauigkeit ihren neueren Ursprung ausdrücklich zu bemerken.

Der vollständige Zusammenhang dieser Ausnahme nun scheint mir dieser. Die lex Cincia hatte keine Ausnahme gemacht, und daher konnte Plinius auch bei der Schenkung der Mutter an den Sohn nur die allgemeine Regel als gültig voraussetzen. An-

[1]) *Plinius*, epist. X. 3. S. o. S. 320. Note 2.

[2]) *Ulpian*. I. 1. „. . . Cincia quae . . . donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis“ (vorausgesetzt nämlich, daß die Ergänzung des Cujacius richtig ist).

toninus aber nahm sowohl Eltern und Kinder, als die nächsten Seitenverwandten aus, und auf diese neue Einrichtung beziehen sich die unbestimmten Erwähnungen ausgenommener Verwandten bei den classischen Juristen [1]. In der Folge muß diese Ausnahme wieder ganz außer Gebrauch gekommen seyn; denn nach einem Rescript des Diocletian bedarf selbst die Schenkung an den emancipirten Sohn derselben Formen, wie die an fremde Personen [2]. Constantin aber stellte im J. 319. die Ausnahme des Antoninus wieder her, jedoch nur zum Theil, nämlich nur für Eltern und Kinder, nicht für die Seitenverwandten [3], und dabei ist es geblieben, so lange das Recht der lex Cincia dauerte [4]. Der Hauptbeweis für diese geschichtliche Zusammenstellung liegt in der angeführten Constitution von Constantin, der wichtigsten und schwierigsten unter den hieher gehörigen Stellen, die sich nach keiner andern Voraussetzung ohne Zwang erklären läßt. Hier ist diese Stelle: „Juxta divi Pii, consultissimi principis, instituta valere donationes placet inter

[1]) *Ulpian.* I. 1. *Paulus* IV. 1. §. 11. V. 11. §. 4.

[2]) Cod. Hermogen. VI. 1.

[3]) L. 4. C. Th. de don. (8. 12.)

[4]) L. 5. 7. C. Th. de don. (8. 12.)

liberos et parentes, in quocunque solo [1]) et cujuslibet rei liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat, nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere: at collata [2]) inter ceteras, exceptas Cinciae legi [3]), personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit solennitas, vel certe res tradita doceatur . . .“. Ganz klar ist hier gesagt, daß zweierlei Personen von den Bestimmungen der lex Cincia ausgenommen gewesen seyen: 1) Eltern und Kinder, 2) gewisse Personen (ceteras, exceptas Cinciae legi, personas); in Ansehung der ersten werde hiermit die Ausnahme bestätigt (oder vielmehr wiederhergestellt), ganz so, wie sie hier Antoninus verordnet habe (juxta D. Pii instituta); in Ansehung der zweiten aber nicht, sondern diese sollten vielmehr wie fremde Personen

[1]) Hierin sehe ich eine deutliche Hinweisung darauf, daß man von jeher die Tradition der Provinzialgrundstücke als eine der lex Cincia genügende Form der Schenkung betrachtete. Vgl. o. S. 324. Note 2.

[2]) At ist eine Conjectur des Gothofredus, die Handschriften lesen et. — Collata für collatas res, das Verschenkte, die Schenkungen.

[3]) Die von der Regel der lex Cincia ausgenommen sind, nämlich nicht durch die lex Cincia selbst, sondern durch die Constitution des Antoninus.

behandelt werden. Da nun oben gezeigt worden ist, daß selbst zwischen Eltern und Kindern zur Zeit des Trajan keine Ausnahme galt, und eben so wiederum zur Zeit des Diocletian, so erklärt sich Alles leicht und natürlich, wenn man annimmt, die lex Cincia kannte gar keine Ausnahme, Antoninus nahm Eltern und Kinder sowohl, als Seitenverwandte, aus; Beides kam nachher außer Gebrauch; aber Constantin stellte die Ausnahme wieder her, jedoch nur zum Theil, nämlich nur für die Eltern und Kinder allein. Ist dieses der wahre Sinn der Verordnung des Constantin, so lag dessen unmittelbare Neuerung nicht in der Behandlung der Seitenverwandten (denn für diese ließ er es ganz bei dem vorgefundenen Recht), sondern in der Behandlung der Eltern und Kinder, indem er für diese die alte, aber vergessene, Ausnahme wiederherstellte. Und für diese Erklärung liegt denn noch eine unmittelbare Bestätigung in folgender Constitution des Constantius, worin die eben erklärte des Constantin erwähnt wird [1]: „Cum genitoris mei scitis evidenter expressum sit, nullam donationem inter extraneos firmam esse, si ei traditionis videatur deesse solennitas, et idem hujusmodi necessitatem liberis tantum ac parentibus relaxavit ....“

[1]) L. 7. C. Th. de don. (8. 12.)

Die neueren Schriftsteller haben die Geschichte dieser Ausnahmen schon deshalb nicht richtig darstellen können, weil sie die Regel selbst unrichtig aufgefaßt hatten; dazu kamen aber noch manche andere Irrthümer. Cujacius, welcher als einzige Regel das absolute Verbot aller großen Schenkungen annimmt, fügt eine zwiefache Ausnahme hinzu: 1) nach der lex Cincia selbst für alle Verwandte, jedoch nur, wenn Mancipation oder Tradition hinzukam (was ja aber in der That die ganz allgemeine Regel war, nicht die Ausnahme für bloße Verwandte); 2) nach der Verordnung des Antoninus für Eltern und Kinder, unter welchen die Schenkung auch ohne alle Form gelten sollte [1]. Offenbar hat ihn zu dieser letzten Behauptung der Ausdruck der Verordnung des Constantin verleitet, nach welchem es scheint, als sollte auch den Seitenverwandten irgend eine Gunst erwiesen werden, was doch in der That nicht der Fall ist. — J. Gothofredus nimmt an, die lex Cincia selbst habe nicht nur den Eltern und Kindern, sondern auch den Seitenverwandten, die Form erlassen, wenn eine res mancipi, aber nicht, wenn eine res nec mancipi verschenkt werden sollte, d. h., sie habe ihnen

[1] *Cujacius*, Obss. VI. 18.

die Mancipation erlassen, aber nicht die Tradition. Antoninus habe auch die Tradition erlassen, jedoch dieses nur für die Eltern und Kinder, nicht für die Seitenverwandten. Dieses habe Constantin lediglich bestätigt [1]. — Brummer behauptet, bei dem Maaß der Schenkungen seyen auch die Seitenverwandten ausgenommen gewesen, bei der Form der Handlung aber nur die Eltern und Kinder allein [2]. — Die willkürlichste und grundloseste Meinung endlich ist die von Meerman. Er bezieht die Ausnahme nach seiner allgemeinen Ansicht lediglich auf die Form der Handlung. Hierin nun sollen nach der lex Cincia selbst, die Seitenverwandten ausgenommen gewesen seyn, die Eltern und Kinder aber nicht. Antoninus soll hierauf diese Ausnahme gerade umgekehrt haben, indem er die Eltern und Kinder ausgenommen habe, die Seitenverwandten aber nicht.

VIII.

Insinuation der Schenkung nach dem neueren Recht.

Indem nunmehr die Formen untersucht werden sollen, welchen das neuere Recht die Schenkungen

[1] *J. Gothofredus* in L. 4. C. Th. de don. (8. 12.)

[2] *Brummer* ad L. Cinciam cap. 15. p. 246—248.

unterworfen hat, so bietet sich zuerst das schriftliche Instrument dar, welches dabei angewendet werden sollte [1]. Allein diese Vorschrift war nicht von Dauer; spätere Constitutionen hoben sie ausdrücklich wieder auf [2].

Von bleibender Wichtigkeit war dagegen die Vorschrift der Insinuation. Die Schenkung nämlich sollte nur dann gültig seyn, wenn sie vor Gericht erklärt, und daselbst in ein Protokoll gebracht wäre; eine Untersuchung und Bestätigung des Gerichts war nicht vorgeschrieben, es war also eine bloße Form.

Der Urheber dieser neuen Form ist nicht gewiß. Zwar sind die frühesten Constitutionen, die wir darüber haben, von Constantin. Allein eine derselben sagt: „Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si actis inserta non esset [3]. J. Gothofredus aber, der den Constantin als Urheber annehmen zu müssen glaubte, hat die chronologischen Bestimmungen dieser Verordnung (wohl etwas willkürlich) geändert, und sie von Constantin auf

[1]) L. 1. C. Th. de don. (8. 12.) d. h. L. 25. C. Just. eod. (8. 54.)

[2]) L. 29. 31. C. Just. de don. (8. 54.)

[3]) L. 1. C. Th. de sponsal. (3. 5.)

Constantius, vom J. 319 auf das J. 352 übertragen [1]).

Fast alle diese Constitutionen nun sprechen so allgemein, daß man glauben sollte, jede, auch die geringste Schenkung sey darin gemeint [2]). Ganz beiläufig aber erfahren wir, daß diese Vorschrift doch nur für große Schenkungen gelten sollte, und zwar für solche, die wenigstens 200 solidos betragen [3]). J. Gothofredus freilich hat sich durch die scheinbare Allgemeinheit des Ausdrucks jener zahlreichen Constitutionen verleiten lassen, anzunehmen, Dieses sey eine Neuerung gewesen, eine Milderung der früher ganz allgemeinen Vorschrift [4]). Allein

[1]) *J. Gothofredus* in L. cit.

[2]) L. 1. C. Th. de don. (8. 12.), d. h. L. 25. C. Just. eod. (8 54.) (J. 316). — L. 3. C. Th. eod. (316). — L. 5. C. Th. eod. d. h. L. 27. C. Just. eod. (333). — L. 6. C. Th. eod. (341). — L. 8. C. Th. eod. (415). — L. 1. C. Th. de sponsal. (3. 5., vom J. 319.). Vgl. oben S. 334. Note 1.

[3]) L. 8. C. Th. de sponsal. (3. 5.) „..in illa donatione, quae in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitatem, nec actorum confectione quaerenda." — §. 2. I. de don. (2. 7.) „..Et cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum: constitutio nostra eam quantitatem...ampliavit...." Offenbar will Justinian hier diese Regel auf ihren ersten Ursprung zurückführen.

[4]) *J. Gothofredus* in L. 1. C. Th. de don. (8. 12.) et in L. 8. C. Th. de sponsal. (3. 5.)

es giebt eine viel einfachere Art, die unbestimmte Allgemeinheit jener Stellen zu erklären. Welche Meinung man nämlich hierüber auch annehmen möge, so bleibt dabei stets eine große Schwierigkeit. Denn sobald eine solche Gränze nach bestimmten Zahlen gelten soll, so ist deren Nothwendigkeit immer etwas höchst Positives, was sich unter allen Dingen am wenigsten von selbst versteht. Eben hierüber also muß Jeder eine recht bestimmte, ausdrückliche Vorschrift erwarten, und gerade eine Vorschrift dieser Art, die so willkürlich ein neues Recht einführt, muß sich vorzüglich leicht und sicher im Andenken erhalten. Hier aber findet sich dieses nicht; denn die 200 solidi werden ganz zufällig als etwas Bekanntes erwähnt, und wann und woher sie gekommen sind, erfahren wir durchaus nicht. Es ist aber wohl zu bemerken, daß diese Schwierigkeit gleich groß ist nach meiner Ansicht und nach der des J. Gothofredus; denn auch dieser kann keinen Urheber der Vorschrift der 200 solidi nachweisen, und muß sie also auch gleichsam in der Stille entstehen lassen. Vergleicht man nun aber diese neue Form mit Dem, was oben über die Absicht der lex Cincia gesagt worden ist, so ist eine innere Uebereinstimmung ganz unverkennbar. Auch hier war die Absicht keine andere, als durch die Feierlichkeit und die Gegenwart öffentlicher

Personen dem Leichtsinn und der Uebereilung zu steuern. Wie man dazu ehemals die Mancipation und die in jure cessio gewählt hatte, so wählte man jetzt nach dem veränderten Styl der Zeit die gesta in der Curie, indem die feierlichen Handlungen des alten Rechts ihre Volksmäßigkeit längst verloren hatten [1]). Es war eine Erneuerung der lex Cincia ihrem Geist nach, mit verändertem Buchstaben. Nimmt man nun an, daß die lex Cincia gerade dieselbe Summe (200 solidi) als Gränze großer Schenkungen festgesetzt hätte, wofür man späterhin die Insinuation vorschrieb, so ist die ungenaue Allgemeinheit jener Constitutionen sehr entschuldigt, indem sie doch nicht mißverstanden werden konnten. Damals nämlich hatte die Regel der lex Cincia fünf hundert Jahre lang unverändert bestanden. Jedermann wußte, daß sie zwischen großen und kleinen Schenkungen unterschied, und was sie unter großen Schenkungen verstand. Wollte man nun in neuen Gesetzen hierauf fortbauen, und die Form der großen Schenkungen etwas modificiren, so brauchte man nicht um eine genaue Bezeichnung des Falles bekümmern

[1]) Fast ganz derselbe Uebergang der Formen findet sich bei den Testamenten. Auch hier galt zuerst die Mancipation als Hauptform, unter den Kaisern wurden daneben auch die gesta gültig, bis endlich die Mancipation völlig verschwand.

mert zu seyn, für welchen überhaupt die Schenkung einer besonderen Form bedurfte, denn dafür hatte die fünfhundertjährige Anwendung der lex Cincia hinreichende Sicherheit verschafft.

Indessen folgt aus dieser Ansicht gar nicht, daß in demselben Augenblick, in welchem die Insinuation der großen Schenkungen eingeführt wurde, zugleich die alte Vorschrift der lex Cincia selbst abgeschafft werden mußte. Es war vielmehr ganz der Behandlung anderer ähnlichen Fälle gemäß, was wirklich geschah. Beide Formen, die alte und die neu eingeführte, mußten nun eine geraume Zeit neben einander beobachtet werden, wenn die Schenkung gültig seyn sollte, und nur in dem besonderen Falle der donatio ante nuptias wurde die alte Form erlassen [1]. Justinian aber hob die Nothwendigkeit der alten Form völlig auf, und nun erst konnte man sagen, daß die lex Cincia antiquirt sey [2].

Der Vollständigkeit wegen muß noch bemerkt

[1]) L. 1. 5. 8. C. Th. de don. (8. 12). — L. 8. C. Th. de sponsal. (3. 5.)

[2]) L. 35. §. 5. L. 37. C. de don. (8. 54.) §. 2. I. de don. (2. 7.) Nov. 162. c. 1. Justinian ging bekanntlich noch weiter, indem er nicht nur die alte Beschränkung der Schenkung wegräumte, sondern sie sogar noch vor anderen Verträgen begünstigte. Auch der formlose Vertrag, d. h. das Versprechen ohne Stipulation, sollte hier schon eine Klage begründen.

werden, daß bei der Insinuation der Schenkung niemals eine Ausnahme für die Verwandten zugelassen wurde [1]; ferner, daß Justinian die Summe der Schenkungen, welche ohne alle Form gegeben werden konnten, erhöhete: erst auf 300, dann auf 500 solidos [2].

IX.

Summe der freien Schenkung nach der lex Cincia.

Von der Summe, bis zu welcher die lex Cincia eine Schenkung auch ohne Mancipation, oder Tradition, oder in jure cessio zuließ, ist bisher nur beiläufig die Rede gewesen. Dieser Gegenstand verdient jetzt noch eine eigene Erwägung.

Cujacius hat auch hier die Summe von 200 solidis angenommen, jedoch ohne allen Beweis [3]. Hotomanus wollte Anfangs diese Summe nur relativ bestimmen, nämlich auf drei Viertheile des Vermögens, nach der ganz unpassenden Analogie des

[1]) L. 5. C. Th. de don. (8. 12.)

[2]) L. 34. pr. L. 36. §. 3. C. de don. (8. 54.)

[3]) *Cujacius,* Obss. VI. 18.

Pflichttheils [1]). Er selbst sah nachher das Grundlose dieser Meinung ein, und ging zu der des Cujacius über [2]). Merillius nahm 10000 Sestertien an [3]), offenbar aus einer Verwechslung der allgemeinen Regel über die Schenkungen mit den besonderen Bestimmungen über die Sachwalter; denn dabei waren allerdings 10000 Sestertien erlaubt, zwar nicht durch die lex Cincia selbst, die vielmehr gar kein Geschenk dieser Art erlaubte, wohl aber durch eine Verordnung des K. Claudius [4]). Brummer erklärt die Summe für völlig ungewiß [5]). Gegen Cujacius insbesondere führt er an, daß Plinius so sehr viel höhere Schenkungen erwähne. Es ist aber schon oben gezeigt worden, daß dieser Grund zu viel beweis't; denn wollte man darauf fortbauen, so würde man eine so große Summe annehmen müssen, daß die Erwähnung derselben in einem Gesetz des sechsten Jahrhunderts im höchsten Grade unwahrscheinlich wird. Nach meiner Meinung von dem wahren Inhalt der lex Cincia sind diese Bei-

[1]) *Hotomanus* de denationibus cap. 9. §. 35.

[2]) In den neueren Ausgaben des Buchs de legibus, Opp. T. 3. p. 200.

[3]) *Merillius,* Obss. VIII. 21.

[4]) *Tacitus,* Annal. XI. 7.

[5]) *Brummer* l. c. cap. 12. p. 181. 182.

spiele großer Schenkungen ganz gleichgültig, weil man dabei stets voraussetzen kann und muß, daß die Form der lex Cincia beobachtet war, in welchem Fall ja selbst die größte Summe verschenkt werden konnte.

Ich habe schon oben gezeigt, daß durch den wesentlichen Zusammenhang zwischen der lex Cincia und den späteren Insinuationen, und durch die ganze Art des unbestimmten Ausdrucks der Constitutionen, die von Cujacius angegebene Summe der 200 solidi im höchsten Grade wahrscheinlich wird. Die Constitutionen der Kaiser enthielten dann in der That nur eine Fortsetzung der lex Cincia, und gewissermaßen eine Uebersetzung derselben in die juristische Sprache der neueren Zeit. Diesen nothwendigen Zusammenhang nun als Grund seiner Meinung hat Cujacius freilich nicht ausgedrückt, aber wir dürfen nicht zweifeln, daß er denselben (wenn gleich nicht vollständig) eingesehen hat.

Diese Behauptung jedoch, daß die lex Cincia selbst die Summe von 200 aureis oder solidis festgesetzt hat, ist nur dem Sinne nach, nicht wörtlich, zu verstehen, da in einem Gesetz der freien Republik Geldsummen freilich nicht nach Goldmünzen bestimmt wurden. Da aber von alter Zeit her der aureus zu 25 Denaren oder 100 Sestertien berechnet

wurde [1]), so wird hier die in der lex Cincia selbst genannte Summe eigentlich zu 20000 Sestertien (d. h. nahe an 1000 Thaler unseres Geldes) angenommen. Diese Summe aber wurde nach dem für größere Summen gewöhnlicheren Sprachgebrauch der späteren Zeit in Goldmünzen ausgedrückt, d. h. in aureis, oder (nach der seit Constantin herrschenden Benennung) in solidis.

Einigermaßen kann zur Bestätigung der hier angenommenen Summe auch noch die Analogie eines anderen Gesetzes dienen, einer lex Cornelia nämlich, welche die Bürgschaften einschränkte. Nach diesem Gesetz durfte, wie Gajus erzählt, Niemand in Einem Jahre, für denselben Schuldner, und bei demselben Gläubiger, höhere Bürgschaft leisten, als auf 20000 Sestertien.

Allein dabei entsteht nun ein neuer Zweifel. Bekanntlich ist der aureus und solidus oft und stark vermindert worden, von $\frac{1}{40}$ Pfund der früheren Zeit bis zu $\frac{1}{72}$ Pfund unter den christlichen Kaisern, also beinahe bis zur Hälfte seines ursprünglichen Werthes [2]). Mußte nun nicht bei jeder solchen Verminderung die Summe der großen Schenkung zu-

[1]) *Eckhel*, doctr. num. vet. Vol. 5. p. 29.

[2]) *Eckhel* l. c. Vol. 5. p. 28. sqq. Vol. 8. p. 511. 515. 516.

gleich in einer anderen und größeren Zahl von solidis ausgedrückt werden, wenn der wahre ursprüngliche Werth beibehalten werden sollte? Ohne Zweifel geschah Dieses keineswegs, da diese Veränderungen nur allmälig eintraten, und da es hier auf eine runde Zahl ankam, die man bei solchen Reductionen unfehlbar verloren hätte. Man behielt also auch nach diesen Reductionen dieselbe Zahl von Goldmünzen, wie ehemals, bei, und glaubte immer noch die lex Cincia unmittelbar anzuwenden, obgleich jetzt 200 solidi einen viel geringeren Metallwerth hatten, als ursprünglich 20000 Sestertien. Indessen mag dieser Umstand mit dazu beigetragen haben, daß Justinian die Summe der großen Schenkung, wie oben bemerkt, ganz neu bestimmte (erst auf 300, dann auf 500 solidos), wobei er aber natürlicherweise nicht strenge bei dem veränderten Geldwerthe stehen blieb, sondern willkürlich neue Summen in runden Zahlen bestimmte.

X.

Erklärung einiger Pandektenstellen aus der lex Cincia.

---

1) L. 9. §. 3. D. de donationibus (39. 5.) (*Pomponius* lib. 33. ad Sab.)

„Donari non potest, nisi quod ejus fit, cui donatur.“

Nimmt man diese Stelle in dem Sinn, daß Niemand eine fremde Sache dadurch, daß er sie verschenkt, ihrem Eigenthümer entziehen könne, so ist die Richtigkeit dieses Ausspruchs unleugbar, aber zugleich ist dieser Satz so trivial, daß ihn ein Römischer Jurist kaum aufgestellt haben würde. Zudem liegt auch in den Worten selbst etwas ganz Anderes, nämlich Dieses, daß eine Schenkung, wodurch der Beschenkte nicht Eigenthümer wird, auch als Schenkung schlechthin ungültig sey (donari non potest). Dieses ist aber ganz gewiß falsch, da die geschenkte fremde Sache von dem Beschenkten pro donato usucapirt werden kann, was ja nur unter Voraussetzung einer wahren und gültigen Schenkung möglich ist [1]. Am deutlichsten wird Dieses, wenn man die Schenkung mit dem Kauf vergleicht, bei welchem in dieser Rücksicht genau Dasselbe gelten muß, was von der Schenkung nach ihrer allgemeinen Natur wahr ist. Denn auch verkaufen kann ich eines Anderen Sache nicht mit der Wirkung, daß

[1]) L. 1. pr. §. 1. D. pro donato (41. 6.) „Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet. — Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat: filius pro donato non capiet usu: quoniam nulla donatio fuit.“

er sie deshalb verlieren müßte. Und doch ist der Verkauf einer fremden Sache schlechthin gültig, es entstehen die gewöhnlichen Contractsklagen daraus, und der Käufer kann die Sache pro emtore usucapiren. Auch würde gewiß kein Römischer Jurist gesagt haben: Vendi non potest, nisi quod ejus fit cui venditur. Vielmehr sagt folgende Stelle wörtlich das Gegentheil [1]): „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio: sed res emtori auferri potest". Dieselbe Stelle aber läßt sich unmittelbar auch auf die Schenkung anwenden.

Alles erklärt sich aber, wenn man nicht von der allgemeinen Natur der Schenkung ausgeht, sondern von den positiven Modificationen der lex Cincia, nach welcher die Schenkung ungültig seyn sollte, wenn sie nicht durch unmittelbare, gegenwärtige Uebertragung des quiritarischen Eigenthums vollzogen wurde (nisi quod ejus fit, cui donatur). Nur freilich sollte dieses nicht für alle Schenkungen überhaupt gelten, sondern allein für die großen, und so mag denn auch unsere Stelle ursprünglich so gelautet haben: Supra modum legis Cinciae donari non potest, nisi quod ejus fit, cui donatur. In der

[1]) L. 28. D. de contr. emt. (18. 1.)

Compilation wurden die ersten Worte weggelassen, wodurch dann die Stelle den trivialen Sinn erhalten hat, in welchem sie ursprünglich von dem alten Juristen nicht hat niedergeschrieben seyn können.

2) L. 9. §. 1. D. de donationibus (aus der vorigen Stelle).

„Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationis non computatur. Si vero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem: fructus percepti venient in computationem donationis."

3) L. 11. eod. (*Gajus* lib. 3. de legatis ad ed. praet. urb.)

„Cum de modo donationis quaeritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum ulla donatio facta esse videtur."

In beiden Stellen ist die Rede von der Berechnung des Werthes der Schenkung, wenn nämlich ausgemittelt werden soll, ob und um wie viel das Maaß der lex Cincia überschritten ist. Beide Stellen sagen, daß nur die Sache selbst angeschlagen werden soll, nicht der Ertrag, den der Beschenkte daraus gezogen hat. Dieses setzt voraus, daß der Beschenkte im Besitz war, also daß ihm der Donator die Sache tradirt hatte. Da nun dennoch die

Gültigkeit der Schenkung von ihrem Geldeswerth abhängen sollte, so sind hier offenbar res mancipi vorausgesetzt, bei welchen die Tradition nicht hinreichte, sondern vielmehr die Mancipation oder in jure cessio hinzu kommen mußte, wenn bei einer großen Schenkung der lex Cincia Genüge geleistet werden sollte. Und für diese Voraussetzung sprechen denn auch ohnehin viele Ausdrücke unserer Stellen: fundus, pensiones, mercedes, partus, — welche offenbar auf die Schenkung von Grundstücken oder Sclavinnen hinweisen. Nur, wenn nicht die Substanz geschenkt seyn sollte, sondern allein der Fruchtgenuß für einige Zeit, sollten dann die gezogenen Früchte berechnet werden. Dabei ist nun wohl vorausgesetzt, daß auch die Früchte res mancipi waren, wie z. B. die Kinder der Sclavinnen, die Füllen der Pferde u. s. w., oder daß der Beschenkte civile Früchte, z. B. Geld aus einem von ihm selbst geschlossenen Pachtcontract, bezogen hatte; denn in diesen beiden Fällen fehlte die Uebertragung des quiritarischen Eigenthums vom Donator auf den Beschenkten. Wenn dagegen der Beschenkte in diesem Falle Feldfrüchte (also res nec mancipi) selbst bezog, so scheint damit die Forderung der lex Cincia, auch selbst bei dem höchsten Werth dieser Früchte, erfüllt gewesen zu seyn; denn hierin lag eine wahre

Tradition, und diese sollte bei allen res nec mancipi zur vollständigen Uebertragung des Eigenthums, und eben darum auch zur Bestätigung einer großen Schenkung, hinreichend seyn. Beide Stellen übrigens sind in der Justinianischen Sammlung ohne alle Schwierigkeit auf die nunmehr vorgeschriebene Insinuation zu beziehen.

4) L. 1. §. 1. D. quibus modis pignus (20. 6.) (*Papinianus* lib. 11. resp.)

„Cum venditor, numerata sibi parte pretii, praedium, quod venierat, pignori accepisset, ac postea residuum pretium emtori, litteris ad eum missis, donasset, eoque defuncto, donationem quibusdam modis inutilem esse constabat: jure pignoris fiscum frustra petere praedium, qui successerat in locum venditoris, apparuit: cujus pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat, quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit, cui non est locus in pignore liberando."

Es verkauft jemand ein Grundstück, etwa um 800 aureos. Davon werden 400 baar gezahlt, für die übrigen 400 wird das verkaufte Grundstück selbst dem Verkäufer (seinem vorigen Eigenthümer) verpfändet. Der Verkäufer schenkt dieses rückständige

Kaufgeld dem Käufer durch einen bloßen Brief, also durch einen unförmlichen Erlaßvertrag. Da die Summe über 200 aureos geht, und da die Formen der lex Cincia fehlen, so ist es unstreitig, daß die Schenkung selbst ungültig ist (inutilem pecuniae donationem lex facit). Es entsteht aber eine andere Frage, nachdem das Vermögen des Verkäufers an den Fiscus gekommen ist. Kann nämlich der Fiscus jetzt außer der persönlichen Klage auf den Rückstand, die er unleugbar hat, auch noch das vorige Pfandrecht geltend machen? Papinian spricht ihm Dieses ab, weil jener Erlaß zwei Stücke enthalten habe: Aufhebung der Forderung, und Aufhebung des Pfandrechts. Nur das erste Stück sey eine Schenkung, nicht das zweite, also falle dieses zweite nicht unter die lex Cincia, also bleibe es bei der Aufhebung des Pfandrechts. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß Papinian anstatt quibusdam modis inutilem eigentlich geschrieben hat: propter legem Cinciam inutilem. In der Justinianischen Sammlung übrigens kann auch diese Stelle ohne Bedenken auf die Insinuation des neueren Rechts bezogen werden.

Schon Cujacius bezieht diese Stelle auf die lex Cincia, ohne jedoch diese Beziehung näher aus=

zuführen [1]). An einem andern Orte widerlegt er sehr richtig den scheinbaren Einwurf aus einer Stelle des Codex, nach welcher auch der Erlaß des Pfandes ungültig seyn soll; diese Stelle nämlich redet von einem Fall der Ungültigkeit aus allgemeinen Gründen, welche auf den zwiefachen Inhalt jenes Erlaßvertrages gleichmäßig einwirken (z. B. dolus), anstatt daß die Ungültigkeit der lex Cincia nur allein auf wahre Schenkungen bezogen werden kann [2]).

5) L. 27. D. de donationibus (39. 5.) (*Papinianus* lib. 29. quaest.)

„Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: Quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti. Defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus; et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi, non meram donationem esse, verum officium

[1]) *Cujacius* ad L. cit., in lib. 11. resp. Papin., Opp. T. 4. p. 1295.

[2]) L. 5. C. de remiss. pignoris. „Debitum, cujus meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris, et usitato more pignora vindicare.“ Vgl. *Cujacii* not. ad Dig., Opp. T. 10. p. 457.

magistri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad judicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit."

6) L. 32. eod. (*Scaevola* lib. 5. resp.)

„Lucius Titius epistolam talem misit: Ille Illi salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio. Quaero, an heredes ejus habitationem prohibere possunt? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes ejus posse mutare voluntatem."

In beiden Stellen ist das Recht der freien Wohnung einem Andern geschenkt, in der ersten unbestimmt, in der zweiten mit dem ausdrücklichen Zusatz: quamdiu volueris. In beiden Fällen sollen die Erben des Schenkenden daran eigentlich nicht gebunden seyn, und nur deshalb soll der erste Fall dennoch anders entschieden werden, weil das Geschäft nicht als Schenkung, sondern als Belohnung interpretirt werden müsse. Dabei macht nun nicht etwa

diese Ausnahme Schwierigkeit, sondern vielmehr die entgegengesetzte, beiden Stellen zum Grund liegende, Regel.

Cujacius erklärt diese Stellen aus der lex Cincia, aber auf eine sehr allgemeine und unbefriedigende Art. Durch dieses Gesetz nämlich seyen die Juristen veranlaßt worden, alle Schenkungen einschränkend zu erklären. Da nun in den Fällen jener beiden Stellen der Schenkende die Erben nicht ausdrücklich erwähnt habe, so habe man die Schenkung so erklärt, daß er nur sich selbst, aber nicht auch seine Erben, habe binden wollen [1]). Diese ganze Erklärung ist offenbar völlig willkürlich, und in den Stellen selbst liegt durchaus keine Hinweisung darauf. — Giphanius unterscheidet die Rechtsverhältnisse, wodurch eine freie Wohnung eingeräumt werden könne. Geschehe Dieses nämlich durch eine Servitut, also durch ein jus in re, so seyen auch die Erben dadurch gebunden; geschehe es dagegen, so wie in unseren beiden Stellen vorausgesetzt sey, durch ein blos persönliches Gebrauchsrecht, so sey nur der Schenkende selbst verpflichtet, die Erben nicht [2]). Allein erstlich ist es eine ganz

[1]) *Cujacius*, obss. XVII. 33. und XXI. 37; ferner in den Vorlesungen über Papiniani lib. 29. quaest., Opp. T. 4. p. 789.

[2]) *Giphanius*, lectur. Altorph. p. 161.

willkürliche Annahme, daß Papinian und Scävola nur ein persönliches Gebrauchsrecht voraussetzen sollen. Bei Papinian ist vielmehr das Gegentheil gewiß wegen des Interdicts, das der Beschenkte haben soll gleich einem Fructuar, also ohne allen Zweifel wegen einer juris quasi possessio. Zweitens aber ist durch jene Unterscheidung in der That gar Nichts erklärt. Denn auch der blos persönliche Gebrauch des Hauses kann auf zweierlei Weise gegeben werden, entweder als Precarium, d. h. auf willkürliche Zurücknahme, oder aber durch einen eigentlichen Vertrag. Das Erste nun nimmt selbst Giphanius nicht an, indem außerdem nicht erst der Erbe, sondern schon der Donator selbst zurücknehmen könnte, was doch durch die Worte quamdiu volueris ausgeschlossen ist. Also bleibt nur der zweite Fall übrig, nämlich der eines eigentlichen Vertrags, und dabei ist durchaus nicht einzusehen, warum die Verpflichtung aus demselben, ganz gegen die Natur der Verträge, auf den ersten Contrahenten beschränkt seyn, und nicht auf dessen Erben übergehen sollte. — Andere haben auf eine sehr gewaltsame Weise zu helfen gesucht, indem sie anstatt quamdiu volueris gelesen haben: voluerim oder voluero [1]).

[1]) *A. Faber*, conjectur. II. 19. *Grotius* ad L. 32. cit. in flor. spars. ad jus Just.

Alles erklärt sich, wenn man mit Rücksicht auf die lex Cincia annimmt, daß in jenen Fällen das Recht der freien Wohnung einen höheren Kapitalwerth hatte, als 20000 Sestertien. Nimmt man Dieses an, so ist die Ungültigkeit unzweifelhaft, indem es ganz entschieden an Mancipation, in jure cessio, oder Tradition für den eigentlichen Gegenstand der Schenkung fehlte. Freilich war nun diese Ungültigkeit ebensowohl für den Schenkenden selbst, als für dessen Erben vorhanden. Daß gerade nur die Erben erwähnt werden, mag daher rühren, daß der Schenkende selbst, wie ohnehin natürlich ist, seine Gesinnung gegen den Beschenkten nicht änderte, anstatt daß die Erben die Neigung hatten, sich, wo möglich, von dieser Last zu befreien. Beide Juristen wollten also nicht sagen, daß Dieses nur für die Erben allein gelte, sondern der Rechtsstreit, in welchem sie befragt wurden, war zufällig nicht von dem Donator selbst, sondern von den Erben, angefangen worden; auch sind ja in der That beide Stellen nicht aus theoretischen Schriften genommen, sondern aus Sammlungen von Rechtsfällen. Außerdem ist es möglich, daß man überhaupt diese Schenkung zunächst als gültig ansah, und daß sie erst dann ungültig wurde, wenn die freie Wohnung so viele

Jahre gedauert hatte, daß der Werth derselben die Summe von 20000 Sestertien überstieg.

Nimmt man nun diesen Grund an, um die regelmäßige Ungültigkeit jener Schenkungen daraus zu erklären, so macht die Ausnahme des Papinian keine Schwierigkeit. Diese Ausnahme gründet sich darauf, daß der Lohn für den ertheilten Unterricht keine wahre Schenkung, folglich der lex Cincia nicht unterworfen sey. In einem ähnlichen Fall, nämlich, wenn der Beschenkte dem Donator das Leben gerettet hatte, entscheidet Paulus ganz auf dieselbe Weise [1]), und in dieser Parallelstelle liegt eine starke Bestätigung der ganzen hier gegebenen Erklärung.

In der Justinianischen Sammlung sind wiederum beide Stellen von solchen freien Wohnungen zu verstehen, deren Kapitalwerth mehr, als 500 solidos, beträgt, und wobei die Insinuation versäumt ist.

7) L. 2. §. 5. D. de donationibus (39. 5.) (*Julianus* lib. 60. Digestorum)

„Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut

[1]) *Paulus* V. 11. §. 6. „Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur: si tamen donatio, et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit."

tunc demum mea fieret, cum Sejus Consul factus esset: sive furente eo, sive mortuo Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet."

8) L. 9. §. 1. D. de jure dotium (23. 3.) (*Ulpianus* lib. 31. ad Sabinum)

„Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero: an, secutis nuptiis, dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt: quia post mortem incipiat dominium discedere: quia pendet donatio in diem nuptiarum: et cum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. Sed benignius est, favore dotium, necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit; aut si distulerit, vel absit, etiam nolente, vel absente eo, dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata."

Beide Stellen setzen voraus, daß Etwas gegeben war, was nur unter einer Bedingung in das Eigenthum des Empfängers übergehen sollte. Wenn nun die Bedingung erfüllt wird, so soll dadurch nach der ersten Stelle der Empfänger schlechthin und ohne eine neue Handlung Eigenthümer werden. Es soll

Dieses auch geschehen können, selbst wenn der Donator zu dieser Zeit wahnsinnig oder todt ist; d. h., es ist keine neue Einwilligung nöthig, und es kann auch selbst der Widerspruch der Erben diesen Erwerb des Eigenthums nicht hindern. Gerade das Gegentheil nach der zweiten Stelle. Das Eigenthum geht nun nicht von selbst über, sondern erst durch eine neue Handlung des Erben, wenn der Donator todt ist (also ohne Zweifel auch des Donators selbst, wenn dieser noch lebt). Diese Handlung aber ist in der Regel ganz willkürlich, und es kann daher auch jetzt noch das Gegebene zurückgenommen werden. Nur wenn, wie hier, zum Behuf einer dos gegeben ist, so soll zum Vortheil der Ehe eine ganz besondere Ausnahme gelten; der Erbe nämlich soll gezwungen werden können, jene Handlung vorzunehmen, ja sie soll im Nothfall sogar fingirt werden dürfen, Alles nur wegen der großen Begünstigung, deren sich in so vielen Rechtsverhältnissen die dos zu erfreuen hat.

Bei diesem scheinbaren Widerspruch beider Stellen ist es nun offenbar nicht die erste, sondern die zweite, welche große Schwierigkeit macht. Geht man nämlich auf allgemeine Grundsätze zurück, so ist es unzweifelhaft, daß eine Tradition so gut, als ein Contract, unter Bedingungen vorgenommen werden

kann [1]). So wie nun bei dem Kauf, bei der Verpfändung, bei der Acceptilation, welche unter einer Bedingung geschlossen sind, die erfüllte Bedingung auf den Anfang zurückgeführt wird, so daß nun Alles so beurtheilt wird, als wäre gleich Anfangs ohne Bedingung contrahirt oder aufgelös't worden [2]), so muß derselbe Erfolg auch bei der Tradition eintreten. Ist also dabei die Bedingung erfüllt, so ist dadurch die Gültigkeit und Wirksamkeit der ursprünglichen Tradition außer Zweifel gesetzt, und es ist weder eine neue Handlung nöthig, noch ein Widerspruch mit Erfolg möglich. Gerade so ist auch diese Frage entschieden in der ersten unserer zwei Stellen, anstatt daß die zweite von ganz widersprechenden Grundsätzen ausgeht.

Cujacius sucht mit Anderen den Widerspruch dadurch aufzulösen, daß in der ersten Stelle die Bedingung erfüllt seyn soll vor angetretener Erbschaft, in der zweiten erst nachher [3]). Aber erstlich ist diese Annahme ganz willkürlich, und zweitens erklärt sie

[1]) L. 38. §. 1. D. de adqu. vel am. poss. (41. 2.) L. 7. §. 3. D. de jure dot. (23. 3.)

[2]) L. 8. pr. D. de periculo (18. 6.) L. 9. §. 1. D. qui potiores (20. 4.) L. 16. D. de solutionibus (14. 3.).

[3]) *Cujacius* ad lib. 60. Dig. Juliani, Opp. T. 6. p. 400. *Meier* colleg. juris Argentorat. T. 3. p. 1048.

Nichts, da nach den eben aufgestellten Grundsätzen der Erbe auch nach dem Antritt der Erbschaft durch die bedingte Tradition des Erblassers eben so vollständig gebunden ist, wie der Erblasser selbst.

Mehr Schein hat die Erklärung von Finestres [1]). Er geht von der richtigen Bemerkung aus, daß die erste Stelle eine reine Schenkung voraussetzt, die zweite aber eine solche, welche zugleich ein datum ob causam enthält (nämlich dotis causa datum). Diese letzte Handlung also habe ganz die Natur eines Innominat-Contracts, folglich gelte dabei auch das gewöhnliche Recht der Reue und der willkürlichen Rückforderung, so lange die causa noch nicht in Erfüllung gegangen sey. Allein auch diese Erklärung zeigt sich bald als unhaltbar. Vor Allein geht nämlich die Stelle ausdrücklich auf den Fall, in welchem die causa (nämlich die Ehe) bereits in Erfüllung gegangen ist (cum sequitur conditio nuptiarum etc.). Aber selbst, wenn Dieses nicht so wäre, so kann doch nach so vielen anderen Stellen die dos, die vor der Ehe gegeben ist, selbst vor der Ehe nicht willkürlich zurück genommen werden, und es wird Dieses daselbst nicht, wie in unserer Stelle, als ein besonderer favor dotis behandelt, son-

[1]) *Finestres* de jure dotium lib. 5. §. 36. 37.

dern als etwas ganz Regelmäßiges [1]). Ja selbst, wer eine dos blos versprach, müßte dieses Versprechen nach den Grundsätzen des Finestres vor geschlossener Ehe willkürlich zurücknehmen können; und doch ist Nichts gewisser, als daß nicht nur der promissor selbst, sondern auch der Erbe desselben, zu dieser Zurücknahme keinesweges berechtigt ist, ohne daß auch dabei von dem besonderen favor dotium die Rede wäre [2]). Auch läßt sich leicht der Unterschied dieser Handlung von den Innominat-Contracten angeben. In dem Innominat-Contract gebe ich lediglich in der Absicht, den Empfänger zu meinem Schuldner zu machen; bei der dos dagegen ist diese Verpflichtung des Empfängers gegen den Geber etwas Zufälliges, und selbst da, wo es eintritt, etwas Untergeordnetes; das Wesentliche, Nothwendige, Hauptsächliche dabei besteht blos darin, daß das Gegebene eine dos werde, d. h. zur Erhaltung der Ehe diene. Dieser Unterschied von den Innominat-Contracten, der bei jeder dos eintritt, muß hier allgemein das Recht der Reue ausschließen; aber doppelt einleuchtend ist Dieses in den Fällen, in welchen, so wie hier, die dos nicht von der Frau

[1]) L. 8. D. de cond. causa data. (12. 4.) L. 10. D. de sponsalibus. (23. 1.) L. 80. 83. 7. §. 3. D. de jure dotium (23. 3.).

[2]) L. 44. pr. D. de jure dotium. (23. 3.)

selbst, sondern von einem Dritten herrührt. Diese Handlung nämlich wird in der Regel, d. h. wenn nur nicht etwas Anderes ausbedungen wird, so angesehen, daß der Geber der Frau rein schenkt [1]), die Frau aber das Geschenkte zur dos macht, welche denn auch in der Folge gerade so behandelt wird, als ob sie aus dem Vermögen der Frau selbst gegeben worden wäre. Da nun die Bestellung der dos von Seiten eines Dritten diesen Charakter hat, so ist es ganz unmöglich, den Begriff des Innominat-Contracts und das Recht der Reue darauf anzuwenden.

Alles erklärt sich wiederum aus der lex Cincia. Wenn nämlich eine große Schenkung unter Bedingung wirklich gegeben war, was für Folgen hatte die Erfüllung der Bedingung? Entweder war es eine res nec mancipi, oder eine res mancipi. Im ersten Fall war nunmehr die Schenkung vollgültig; denn die anfängliche Tradition war nun unzweifelhaft geworden, und mehr verlangte die lex Cincia nicht. Von einem solchen Fall spricht die erste unserer zwei Stellen, in welcher baares Geld, also eine res nec mancipi, Gegenstand der Schenkung ist.

[1]) In unserer Stelle selbst heißt die Handlung eine donatio. Vgl. L. 33. in f. D. de jure dotium (23. 3.) L. 20. pr. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) L. 31. pr. C. de jure dotium (5. 12.).

Ganz anders bei einer res mancipi. Die Mancipation oder die in jure cessio selbst konnten gar nicht unter einer Bedingung vorgenommen werden [1]). Also konnte die Sache nur tradirt werden unter Bedingung; eine solche Schenkung aber blieb selbst nach erfüllter Bedingung eben so ungültig, als sie bei einer unbedingten Tradition stets ungültig gewesen und geblieben wäre. Darum konnte sie willkürlich zurückgenommen werden, sowohl von dem Donator selbst, als (wovon hier wieder aus zufälligen Gründen allein die Rede ist) von den Erben desselben, und sie wurde nur dadurch vollgültig, daß jetzt, nach erfüllter Bedingung, der Geber oder dessen Erbe sich frei entschloß, eine Mancipation oder in jure cessio vorzunehmen. Hier aber trat der favor dotium in's Mittel, und beschränkte für diesen Fall die Anwendung der lex Cincia. Daß nun in der That unsere zweite Stelle von einer res mancipi redet, wodurch aller Widerspruch verschwindet, dieses läßt sich freilich nicht unmittelbar beweisen. Wenn aber Ulpian etwa so geschrieben hatte: Si res mancipi alicui tradidero etc., was konnten die Compilatoren, wenn sie die Stelle aufnehmen wollten, anders thun, als das Wort mancipi wegstreichen, wo-

[1]) L. 77. D. de div. reg. juris. (50. 17.)

durch dann der Ausdruck ganz so allgemein wurde, wie wir ihn jetzt lesen?

Dabei entsteht jedoch ein neuer Zweifel. War nämlich die lex Cincia überhaupt auch auf die dos anwendbar, abgesehen von jenem besonderen favor dotis, so mußte dadurch die promissio dotis in hohem Grade beschränkt werden, indem die lex Cincia überhaupt keine Stipulation für die Schenkung großer Summen zuließ. Dieses ist aber an sich theils unwahrscheinlich, theils wegen der äußerst häufigen Erwähnung der promissio dotis, ohne irgend eine Hindeutung auf diese Beschränkung, oder auf die künstliche Aufrechthaltung durch den besonderen favor dotium. Es ist aber auch sehr wohl möglich, daß die promissio dotis von der lex Cincia ausdrücklich ausgenommen war. Aehnliche Ausnahmen sind von mehreren Gesetzen gemacht worden, welche die Bürgschaften einschränkten. So soll noch nach dem neuesten Recht das Sc. Vellejanum nicht gelten, wenn die Obligation auf eine dos gerichtet ist [1]). Eben so war, wie schon oben angeführt worden ist, nach Gajus im alten Recht durch eine lex Cornelia verordnet, daß Niemand in Einem Jahr für denselben Schuldner und bei demselben

[1]) L. 12. 25. C. ad Sc. Vellej. (4. 29.)

Glaubiger für eine höhere Summe Bürgschaft leisten sollte, als für 20000 Sestertien (dieselbe Summe wie in der lex Cincia); aber auch dieses Verbot sollte eine Ausnahme leiden zum Vortheil der dotis promissio. Nimmt man nun an, daß auf diese Weise die promissio dotis von der lex Cincia ausgenommen war, so müßte man nach unserer Stelle hinzufügen, daß ursprünglich dieselbe Ausnahme nicht auch für die Tradition der zu einer dos bestimmten res mancipi gemacht gewesen sey, für welche auch in der That kein so dringendes Bedürfniß sprach, wie für die Zulassung der Stipulation, — daß man aber später auch dabei, wie aus unserer Stelle erhellt, nachgeholfen habe.

Wie bei der Insinuation des neueren Rechts die dos behandelt worden ist, wissen wir. Man betrachtete dabei zuerst, und ziemlich willkürlich, die Dotation nicht an und für sich als eine Schenkung, sondern erst dann, wenn späterhin bei aufgelös'ter Ehe die dos an die Frau fallen sollte. Dieser Erwerb wurde nun durch den Mangel der Insinuation gehindert, so daß deshalb eine solche dos an den Geber zurückfiel. Justinian hat auch Dieses aufgehoben, und die dos allgemein und in jeder Beziehung von der Nothwendigkeit der Insinuation ausgenommen [1]).

[1]) L. 31. pr. C. de jure dotium (5. 12.).

Was endlich die Bedeutung unserer zwei Stellen in der Justinianischen Sammlung betrifft, so macht die erste durchaus keine Schwierigkeit. Auch die zweite paßt dahin ganz gut, insofern nur das letzte Resultat derselben in Betracht kommt; aber die künstliche Art, wie dieses Resultat herbeigeführt wird, und die Zweifelsgründe, welche diesen Umweg nöthig machten, sind freilich im Justinianischen Recht völlig ohne Sinn, und die ganze Stelle ist nur durch einen Mißgriff in die Sammlung aufgenommen worden.

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung. 1849.

Nach dem Abdruck der vorstehenden Abhandlung wurden die Vaticanischen Fragmente entdeckt und herausgegeben, durch welche diese ganze Lehre eine neue Gestalt gewonnen hat, indem eine lange Reihe von Stellen in jenen Fragmenten von den Schenkungen handelt [1]), und darunter nicht wenige die Lex Cincia namentlich erwähnen, oder doch durch ihren Inhalt sich auf dieselbe beziehen. Es hat daher auch nicht an neueren Schriftstellern gefehlt, die mit großem Eifer diese Untersuchung neu aufgenommen haben, und ich selbst habe schon in einem anderen Zusammenhang Veranlassung gehabt, meine neu gewonnene Ansicht der Sache darzustellen [2]).

[1]) Vat. fragm. §. 248—316.

[2]) System des heutigen R. R., B. 4. §. 165. — Eine sehr gründliche und umfassende spätere Darstellung dieses Gegenstandes findet sich in Puchta, Cursus der Institutionen B. 2. Ausg. 2. Leipzig 1846. §. 206. (mit Zusätzen von Rudorff).

Durch die in neuerer Zeit entdeckten Quellen ist gar Manches in der Geschichte des Römischen Rechts völlig auf's Reine gebracht worden. So gut ist es uns im vorliegenden Fall nicht geworden, vielmehr sind auch noch jetzt manche Ungewißheiten über die wichtigsten Fragen übrig geblieben.

Ich will hier zuerst kurz zusammenstellen, welche neue feste Punkte durch die Vaticanischen Fragmente gewonnen worden sind.

1. Die erschwerende Form der Schenkungen bestand allerdings, wie auch schon früher angenommen wurde, zunächst darin, daß durchaus das Römische Eigenthum übertragen werden sollte, wozu also bei den res mancipi (Grundstücken, Sklaven, Pferden u. s. w.) nothwendig die Mancipation (oder in jure cessio) gehörte[1]). Wir erfahren aber nunmehr, daß diese Eigenthumsübertragung nicht einmal hinreichte, sondern daß daneben auch noch der Besitz übertragen werden mußte, und zwar auf solche Weise, daß der Beschenkte einen sicheren Interdictenschutz erhielt [2]). — Es hat daher der Hauptgedanke der vorstehenden Abhandlung, daß die Lex Cincia vorzugsweise durch erschwerende

[1]) Vat. fragm. §. 259. 266. 293.

[2]) Vat. fragm. §. 293. §. 310—313.

Formen einwirken wollte, nicht nur volle Bestätigung, sondern selbst noch Verstärkung erhalten.

2. Eine Vernachlässigung dieser positiven Vorschriften der Lex Cincia war keineswegs die Nichtigkeit der Handlung, wohl aber eine dem Schenkenden zustehende Exception (nach Umständen auch Replication) gegen jede Klage, wozu außerdem der Beschenkte berechtigt gewesen wäre. Gesetzt also, es war ein Grundstück durch Mancipation geschenkt, aber ohne Uebertragung des Besitzes, so hatte der Beschenkte eine Vindication, weil er Römischer Eigenthümer geworden war, aber diese Vindication wurde ihm entkräftet durch eine exceptio legis Cinciae [1]). War ihm neben der Mancipation auch der Besitz übertragen, so wie es die Lex Cincia forderte, so bedurfte es keiner Klage, und es war dann zur Anwendung jener Exception keine Gelegenheit. In dieser unvollständigen Einwirkung des Gesetzes (Exception, anstatt der Nichtigkeit) möchte nun wohl der wahre Grund liegen, weshalb sie eine lex imperfecta genannt wurde. — Man sage auch nicht, die Ungültig-

[1]) Vat. fragm. §. 266.

keit per exceptionem sey doch praktisch gleich mit der Ungültigkeit ipso jure. Durch die Form per exceptionem war ja eben die Möglichkeit gegeben, die Schenkung völlig zu sichern, indem durch Uebertragung des Besitzes die Gelegenheit zur Exception abgeschnitten wurde.

3) Die durch die Vorschriften der Lex Cincia begründete Mangelhaftigkeit einer Schenkung wurde gehoben durch die Usucapion, insofern blos die Mancipation versäumt worden war [1]). Sie wurde in allen Fällen gehoben durch den Tod des Schenkers [2]), so daß also die Entkräftung einer Schenkung, die aus der Lex Cincia abgeleitet werden sollte, ein ganz persönliches Recht des Schenkers war, ohne Uebergang auf die Erben.

Neben diesen nunmehr feststehenden Sätzen aber bleiben noch wichtige Fragen und Zweifel übrig, welche durch die Vaticanischen Fragmente keine Erledigung gefunden haben.

Es bleibt zweifelhaft, wie viel von diesen Bestimmungen der Lex Cincia selbst, oder vielmehr späteren Vorschriften, vielleicht auch der Auslegung der Juristen, zuzuschreiben ist.

1) Vat. fragm. §. 293.

2) Vat. fragm. §. 259. 266. 294.

Ganz besonders aber bleibt noch unentschieden das Verhältniß jener erschwerenden Formen zu dem Unterschied der großen und kleinen Schenkungen. In der vorstehenden Abhandlung (Abschn. IV.) nahm ich an, die erschwerenden Formen hätten sich nur auf große Schenkungen bezogen, kleine seyen in dieser Hinsicht ganz frei gewesen. Einzelne Stellen der Vaticanischen Fragmente entscheiden über diese Frage nicht. Aber nach ihrem Totaleindruck möchte man vielmehr annehmen, die erschwerenden Formen seyen für alle Schenkungen, also auch für die kleinen, vorgeschrieben gewesen. Unter dieser Voraussetzung könnte dann ein Unterschied zwischen großen und kleinen Schenkungen nur den Sinn gehabt haben, daß die großen auch selbst durch jene Formen nicht gegen den Wiederruf von Seiten des Schenkers (vielleicht vermittelst einer Condiction) gesichert worden wären. Mit dieser Annahme ließe sich jedoch wohl vereinigen, diese Bestimmung blos als den ursprünglichen Inhalt der Lex Cincia anzusehen, so daß in der Folge, durch die Auslegung der Juristen, auch große Schenkungen durch Anwendung der Formen hätten geschützt werden können. Für diese Annahme einer Aenderung des Rechts könnte mit Wahrscheinlichkeit der Umstand geltend gemacht werden, daß der Betrag der großen Schenkung (wahrschein-

lich 20000 Sestertien oder 1000 Thaler) zwar zur Zeit der Lex Cincia groß genug erscheinen konnte, um einem unbedingten Verbot unterworfen zu werden, in der Folge aber bei zunehmendem Reichthum der Nation, für ein solches Verbot schwerlich mehr geeignet befunden werden konnte [1]).

Aus dieser Annahme endlich würde gefolgert werden müssen, daß eine Zeit lang der Unterschied zwischen großen und kleinen Schenkungen völlig verschwunden wäre, bis er späterhin durch die Kaisergesetzgebung über die Insinuationen in veränderter Weise wiederhergestellt wurde [2]). Und mit dieser neuen Annahme würde sehr gut der ohnehin räthselhafte Umstand übereinstimmen, daß über das Maaß großer Schenkungen nach der Lex Cincia weder früher eine bestimmte Nachricht bekannt war, noch auch durch die Vaticanischen Fragmente eine solche Nachricht geliefert worden ist.

[1]) Vgl. überhaupt: System des h. R. R., B. 4. S. 196. — Puchta S. 387.

[2]) System §. 165. 166.

XIII.

Ueber den Zinswucher des M. Brutus.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 25. März 1819.

Die erste Ausgabe derselben findet sich in den Abhandlungen der Akademie von 1818. 1819. S. 179—188 der historisch-philologischen Classe.

Sie ist hier unverändert abgedruckt, mit einem kleinen Nachtrag am Schlusse.

In vier Briefen des Cicero wird ausführlich über einen Rechtshandel gesprochen, der theils wegen einiger antiquarischen Punkte merkwürdig ist, theils wegen des eigenthümlichen Lichtes, welches er auf den damaligen Zustand der Provinzen und auf den Charakter der handelnden Personen wirft [1]). Dieser

[1]) Diese vier Briefe stehen: ad Atticum lib. 5. ep. 21. lib. 6.

Rechtshandel soll hier im Zusammenhang erzählt und erläutert werden.

Im Jahr der Stadt 698, unter dem Consulat des Cn. Cornelius Lentulus Marcellinus und des L. Marcius Philippus, kamen Abgeordnete der Stadt Salamis in Cypern nach Rom, um für ihre Stadt Geld aufzunehmen. Sie fanden zwei gefällige Menschen, M. Scaptius und P. Matinius, die geneigt waren, ihnen gegen 48 Procent Zinsen zu dienen, und nur durch die Furcht vor einer Lex Gabinia zurückgehalten wurden. Da diese aber den M. Brutus zum Freunde hatten, so verschaffte ihnen derselbe zwei Senatusconsulte zum Schutz gegen die Lex Gabinia, und so kam das Geschäft glücklich zu Stande [1]. Der eigentliche Inhalt dieser Lex Gabinia und der zwei Senatusconsulte kann erst weiter unten ausgemittelt werden.

Die neue Provinz Cypern wurde eine Zeit lang mit Cilicien gemeinschaftlich administrirt, und stand so von 702 bis 703 unter dem Proconsulat des Appius Claudius Pulcher. Durch diesen suchte Scaptius, der eine der oben erwähnten Glaubiger, seine Forderung gegen die Stadt Salamis zu ver-

ep. 1. 2. 3. In der Schützischen Ausgabe der sämmtlichen Briefe stehen sie Tom. 3. ep. 250. 252. 256. 264.

[1]) ad. Att. V. 21., VI. 2. p. 555. sq. p. 606. ed. Graev.

folgen. Er ließ sich selbst zum Präfecten machen, erbat sich 50 Reuter, und bedrängte mit diesen die Stadt auf's Aeußerste. Unter Anderm hielt er einmal den Senat der Stadt in der Curie so lange eingeschlossen, daß fünf Senatoren vor Hunger starben [1]).

Nachfolger des Appius war Cicero, welcher Cilicien und mit diesem zugleich Cypern vom Sommer 703 bis in den Sommer 704 als Proconsul regierte. Auf die Beschwerde der Salaminier gab dieser sogleich den Reutern Befehl, die Insel zu verlassen. Jetzt wandte sich auch Scaptius an ihn, und bat zunächst um Erneuerung der Präfectur, die er schon früher gehabt hatte. Brutus unterstützte durch Briefe dieses Gesuch, indem er zuerst den Scaptius und Matinius als seine Freunde dringend empfahl, dann aber geradezu erklärte, es sey seine eigene Sache, und er habe jene nur als Unterhändler gebraucht [2]). Cicero aber schlug die Präfectur bestimmt ab, weil er sich zum Grundsatz gemacht habe, sie Keinem zu geben, der Geldgeschäfte in der Provinz betreibe [3]). Dagegen erklärte er sich bereit, dem Scaptius auf rechtlichem Wege zu sei-

[1]) ad Att. V. 21., VI. 1., VI. 2. p. 554. 572. 607. 608.

[2]) ad Att. V. 21., VI. 1. p. 553. 571. 572.

[3]) ad Att. V. 21., VI. 1. 2. 3. p. 553. p. 570—572. p. 607. p. 618.

ner Forderung zu verhelfen, und als nun beide Parteien in Tarsus vor ihm erschienen, nöthigte er die Schuldner, sich zur Zahlung der Schuld zu verstehen [1]). Als nun aber abgerechnet werden sollte, kam der Betrag der Zinsen zur Sprache. Das Provinzialedict nämlich erlaubte höchstens 12 Procente, zugleich aber die rückständigen Zinsen jedes ganzen Jahres zum Kapital zu schlagen und wieder zinstragend zu machen. Diesem Edict gemäß verlangte Cicero, daß die Salaminier für die sechs Jahre, in welchen die Schuld nunmehr schon bestanden hatte, jährlich 12 Procente und zwar mit einjährigem Anatocismus, bezahlen sollten. Damit war aber Scaptius gar nicht zufrieden, sondern verlangte aus der Verschreibung 48 Procente, und zwar ganz gewiß auch mit Anatocismus [2]). Der Unterschied beider Rechnungen aber ist so groß, daß ein ursprüngliches Kapital von 1000 nach der von Cicero anerkannten gesetzmäßigen Rechnung noch nicht ganz 2000 betragen hätte, nach der Rechnung des Scaptius hingegen schon über 10500. Da ihm nun der deutliche Buchstabe des Edicts entgegen stand, so suchte er sich zuerst durch die oben erwähnten Senatusconsulte zu schützen. Es wurde aber überzeugend

[1]) ad Att. V. 21. p. 554.

[2]) ad Att. V. 21., VI. 1. 2. 3. p. 554. 555. 571. 572. 606. 612.

dargethan, daß diese Senatusconsulte keineswegès die Absicht gehabt hätten, den Wucher in Schutz zu nehmen, und nun erbot er sich, den Grundsatz der Rechnung seiner Gegner anzuerkennen, wenn sie dagegen ohne weitere Prüfung seinen Saldo anerkennen wollten. Da aber dieser 200 Talente betrug, nach einer richtigen Rechnung hingegen die ganze rückständige Schuld nur 106 Talente ausmachte, so mißlang auch dieser letzte Versuch [1]), und die Salaminier wollten nun die Schuld, weil Scaptius die Annahme verweigerte, auf gewöhnliche Weise in einem Tempel deponiren. Ihr Recht war unstreitig, indem sie nichts Anderes verlangten, als die höchsten Zinsen zu zahlen, die das Edict zu fordern erlaubte. Cicero selbst sagt darüber: consistere usura debuit, quae erat in edicto meo [2]). Alle Interpreten haben hier consistere durch cessare erklärt, und die Stelle so verstanden: Eigentlich hätte, wegen der angebotenen Zahlung oder Deposition, der Zinsenlauf gänzlich gehemmt werden müssen. Diese Erklärung würde richtig seyn, wenn die Zinsen absolut erwähnt wären, d. h., wenn es nur

[1]) ad Att. V. 21. p. 559. Eine Bestimmung des ursprünglichen Kapitals aus diesem Rückstand ist unmöglich, weil wahrscheinlich Stückzahlungen erfolgt waren.

[2]) ad Att. VI. 1. p. 573.

hieße: consistere usura debuit. Allein es ist eine bestimmte Quantität von Zinsen ausgedrückt durch den Zusatz quae erat in edicto meo, und so ist der Sinn der Stelle vielmehr dieser: Von Rechtswegen mußte diejenige Zinsrechnung, welche meinem Edict gemäß war, als richtig angenommen werden, bei dieser Rechnung mußte es bleiben.

Cicero war ein viel zu gerechter Mann, als daß er hätte die Salaminier zwingen sollen, mehr zu zahlen, als sie schuldig waren. Aber durch übertriebene Gerechtigkeit den Brutus zu beleidigen, konnte ihm auch nicht zugemuthet werden. Und so fand er denn einen glücklichen Mittelweg, indem er den Salaminiern nicht gestattete, das Geld zu deponiren, sondern Alles unentschieden ließ. Gegen den Brutus entschuldigte er sich dann damit, er habe ihm in der ganzen Sache für die Zukunft Nichts benommen, d. h. ein künftiger Proconsul von weniger zartem Gewissen habe ja nun noch immer freie Hand, auf die verschriebenen 48 Procente zu sprechen [1]). So blieb die Sache liegen, und die Leute konnten nicht begreifen, warum Scaptius nicht lieber das angebotene Geld zu 12 Procenten ange-

[1]) ad Att. V. 21., VI. 1. p. 559. 562. 572.

nommen habe. Cicero sagt, er habe hierin nicht unklug gehandelt; die Art, wie er Dieses erklärt, ist allgemein mißverstanden worden. Hier ist die ganze Stelle [1]). Clamare omnes qui aderant, nihil impudentius Scaptio, qui centesimis cum anatocismo contentus non esset: alii, nihil stultius. Mihi autem impudens magis, quam stultus, videbatur. Nam aut bono nomine centesimis contentus erat, aut non bono quaternas centesimas sperabat. Alle bisher versuchte Erklärungen der Stelle sind unbefriedigend, so z. B. die des Manutius, der den Scaptius blos auf einen ungerechten künftigen Proconsul hoffen läßt. Darauf konnte unstreitig Scaptius hoffen; aber Cicero sagt davon hier kein Wort, und der Gegensatz des bonum und non bonum nomen führt auf etwas ganz Anderes. Scaptius nämlich soll nach unserer Stelle so gerechnet haben: Entweder sind künftig die Finanzen der Stadt Salamis schlecht oder gut. Sind sie schlecht, so kann man sie durch die gedrohte Kündigung des Kapitals so drängen, daß sie lieber das kleinere Uebel wählen, und die laufenden Zinsen mit 48 Procenten wirklich zahlen; sind ihre Finanzen gut, so läßt sich diese Drohung freilich nicht an-

[1]) ad Att. V. 21. p. 560.

wenden, dann also muß man sich begnügen, von einem sehr sichern Kapital 12 Procente zu ziehen.

Um den Zusammenhang der Erzählung nicht zu unterbrechen, habe ich einstweilen die Untersuchung einiger besonderen Punkte ausgesetzt, die ich nun noch nachholen will.

Zuerst ist die Lex Gabinia mit den zwei ihr derogirenden Senatusconsulten zu untersuchen. Darauf gehen folgende Stellen [1]: Salaminii cum Romae versuram facere vellent, non poterant; quod lex Gabinia vetabat . . . Fit gratia Bruti Sc. ut neve Salaminiis, neve qui eis dedisset, fraudi esset. Dadurch waren die Creditoren wohl gegen die Strafen der Lex Gabinia gedeckt, aber die Lex hatte für das von ihr verbotene Geschäft nicht blos Strafen gedroht, sondern auch das Klagrecht versagt; deshalb begehrten und erhielten die Creditoren noch ein zweites Senatusconsult, um auch vor dieser Gefahr geschützt zu werden: Postea venit in mentem foeneratoribus, nihil se juvare illud Sc., quod ex syngrapha jus dici lex Gabinia vetaret. Tum fit Sc., non ut alio ea syngrapha jure esset, quam ceterae, sed ut eodem. So nämlich lautet die Stelle in der Handschrift des Ursinus, abweichend von der

[1]) ad Att. V. 21. p. 555—559.

großentheils sinnlosen Leseart der übrigen Handschriften. Die hier aufgenommene Leseart nun halte ich für ganz richtig, nur muß man nicht glauben, die ganze Stelle enthalte die eigenen Worte des Senatusconsults. Das Senatusconsult sagte ohne Zweifel: ut eodem jure ea syngrapha esset quam ceterae syngraphae. Cicero aber, der eben auf diese im Senatusconsult ausgesprochene Gleichheit recht aufmerksam machen wollte, paraphrasirt das, indem er sagt: das zweite Senatusconsult geht gar nicht etwa darauf, dieser Schuld einen Vorzug vor andern gewöhnlichen Schulden einzuräumen, sondern nur sie ihnen gleich zu stellen. — Ganz ähnlich, nur kürzer, ist der Ausdruck einer andern Stelle [1]: Quod Sc. esse dicebat, ut jus ex syngrapha diceretur, eo consilio factum est, quod pecuniam Salaminii contra legem Gabiniam sumpserant. Vetabat autem Auli lex, jus dici de ita sumpta pecunia. Decrevit igitur Senatus, ut jus diceretur ista syngrapha. Nunc ista habet juris idem, quod ceterae, nihil praecipui. Der wahre Zusammenhang ist dieser. Die Lex Gabinia hatte Geldgeschäfte der Art, wie das der Salaminier, verboten, und es bedurfte daher einer Dispensation von diesem

[1]) ad Att. VI. 2. p. 606.

Verbot, die auch in der That durch zwei Senatusconsulte ertheilt wurde. Wahrscheinlich nun war das Verbot gerichtet gegen alle Geldschulden, welche von den Bevollmächtigten der Provinzialstädte in Rom contrahirt werden möchten. Durch die Möglichkeit solcher Geldgeschäfte nämlich wurde es theils den Provinzialen erleichtert, die Römischen Großen zum Nachtheil der Republik zu bestechen, theils diesen Römern, wenn sie den Provinzialen Geld abpressen wollten; gegen beide Gefahren konnte ein solches Gesetz als Schutzmittel dienen. Als nun späterhin zur Sprache kam, daß Scaptius höhere Zinsen ausbedungen hatte, als das Edict erlaubte, wollte er sich auf das Senatusconsult berufen, worin ja sein Contract genehmigt war. Aber Cicero widerlegt ihn damit, daß das Senatusconsult diesem Contract blos gleiches Recht mit anderen Contracten verliehen habe, nicht besseres Recht; gleiches Recht nämlich hatte er erhalten, indem er gleich anderen Contracten klagbar geworden war, gegen die Regel der Lex Gabinia; besseres Recht hätte er erhalten haben müssen, wenn daraus hätten höhere Zinsen gefordert werden dürfen, als aus jedem anderen Darlehen. Dieser Zusammenhang, welchen Gronovius entwickelt hat [1]), ist so einfach und

[1]) Gronovius de centesimis usuris antexegesis II. Lugd. Bat. 1664. 8. p. 162. sq.

natürlich, daß man ihn unbedenklich annehmen muß. — Nach vielen Interpreten dagegen soll die Lex Gabinia vielmehr die Zinsen über 12 Procente verboten haben. Diese Meinung ist ganz unbegreiflich, theils, weil Cicero für dieses Verbot das Provinzialedict und nicht die Lex Gabinia anführt, theils, weil er zu zeigen sucht, das von der Lex Gabinia dispensirende Senatusconsult habe mit den hohen Zinsen gar Nichts zu schaffen, sondern sey nur durch eine Verdrehung des Scaptius darauf gedeutet worden. Völlig unbegreiflich aber ist es, wie diese Meinung noch lange nach Gronovius von Ernesti und Schütz hat vertheidigt werden können; beide haben sogar den Text geändert, um nur einigen Schein für diese Erklärung zu gewinnen [1]). — Eine andere eben so unhaltbare Erklärung ist die des Cujacius [2]), nach welcher die in der Lex verbotene versura nicht jedes Gelddarlehen überhaupt, sondern nur dasjenige Darlehen bezeichnen soll, womit ein

[1]) Nämlich anstatt: quod lex Gabinia vetabat — lies't Schütz p. 203. seiner Ausgabe (mit geringer Abweichung von Ernesti): quod e syngrapha jus dici lex Gabinia vetabat. Und zwar soll e syngrapha jus dicere heißen: auf die hohen Zinsen der wucherlichen Contracte sprechen, im Gegensatz des jus dicere ex edicto, d. h. nach den gesetzlich erlaubten Zinsen.

[2]) *Cujacius* in Lib. 2. quaest. Papin., L. 1. de usuris, und in tit. Dig. de usuris, T. 4. p. 46. und T. 10. p. 1266. Opp. ed. Neap.

älterer Creditor abgefunden wurde; dieses sey verboten gewesen, wegen des darunter oft verborgenen Anatocismus, indem mit dem neuen Kapital zugleich die Zinsen der alten Schuld abbezahlt werden sollten. Allein Gronovius hat aus anderen Stellen hinreichend erwiesen, daß in der That versuram facere jedes gewöhnliche Darlehen bezeichnet. Ohnehin wäre das Geschäft, was Cujacius meint, schlechthin nicht zu verbieten und zu controliren; völlig undenkbar aber ist ein solches Verbot des versteckten Anatocismus in einer Zeit, in welcher sogar der offenbare Anatocismus, wie wir aus unserem Rechtshandel sehen, völlig erlaubt war.

Eine zweite Untersuchung betrifft die Präfectur, welche Scaptius von dem Proconsul Appius erhalten hatte, von Cicero aber nicht erlangen konnte. Manutius, der bei einer andern Stelle diesen Punkt mit großer Sorgfalt untersucht, nimmt in den Provinzen, und insbesondere in Cicero's Provinz, vier Arten von Präfecten an [1]): 1) equitum, 2) evocatorum, 3) juri dicundo, 4) fabrum. Von diesen vier Arten ist die zweite und vierte unbedenklich, aber für unsern Zweck ganz unbedeutend. Die Präfecten der ersten Art waren die Officiere der

[1]) *Manutius* ad Cic. ep. fam. II. 17.

Reuterei in ganz verschiedenen Graden, so daß sowohl der Befehlshaber einer turma, als einer ganzen ala, ja wohl gar auch der eines größeren Corps, diesen Namen führte [1]). In unsern Stellen aber soll nach Manutius nicht diese erste Art, sondern vielmehr die dritte, d. h. der praefectus juri dicundo, gemeint seyn, so daß Scaptius gewünscht hätte, die Jurisdiction in seiner eigenen Sache zu erlangen. Diese Meinung halte ich für falsch, und glaube vielmehr, daß überall nur von einer Präfectur in der Reuterei die Rede ist. Dafür spricht zuerst der Umstand, daß so oft diese Präfectur in unmittelbarer Verbindung mit den Reutern genannt wird, so wie in folgenden Stellen: „Appius noster turmas aliquot equitum dederat huic Scaptio, per quos Salaminios coerceret; et eundem habuerat praefectum [2]). Ferner: „Fuerat enim praefectus Appio; et quidem habuerat turmas equitum" etc. [3]). Erat enim praefectus Appii Scaptius, et habebat turmas ab Appio . . . . Tu me, inquam, rogas, praefectus ut Scaptius sit? . . . habeat is turmas [4])?"

[1]) Außer der angeführten Stelle des Manutius ist noch zu vergleichen: Schelius ad Hyginum de castris Rom. p. 74. ed. Amst. 1660. 4.

[2]) ad Att. V. 21. p. 554.

[3]) ad Att. VI. 1. p. 572.

[4]) ad Att. VI. 2. p. 607.

Endlich: „Qui, quia non habuit a me turmas equitum, quibus Cyprum vexaret ut ante me fecerat, fortasse succenset; aut quia praefectus non est“ [1]. Daß in diesen Stellen die Präfectur und die Absendung der turmae nach Salamis als verschiedene Dinge behandelt werden, widerspricht meiner Annahme gar nicht; denn allerdings konnte Scaptius Präfectus werden ohne die besondere Erlaubniß, Reuter in seinen Geschäften nach Cypern zu führen; eben so konnte er Reuter erhalten, ohne über diese selbst als Officier den Befehl zu führen; nur war ihm freilich durch die Verbindung beider Begünstigungen das Geschäft sehr erleichtert. Die innere Wahrscheinlichkeit ferner spricht sehr für meine Ansicht; denn es ist viel begreiflicher, daß Scaptius sich blos die Mittel zur Execution zu verschaffen suchte, als daß er eine Gerichtsbarkeit verlangt haben sollte, um gegen allen Schein des Rechts in eigener Sache Richter zu seyn. Was aber die Hauptsache ist, so haben solche praefecti juri dicundo, wie sie Manutius annimmt, niemals existirt. Zwar in Italien waren dergleichen Präfecturen sehr gewöhnlich; es waren nämlich solche Municipien oder Colonien, die zwar übrigens dieselbe freie Verfassung

[1] ad Att. VI. 3. p. 818.

hatten, wie andere Städte, die sich aber dadurch unterschieden, daß die Rechtspflege nicht von einer selbstgewählten Obrigkeit besorgt wurde, sondern von einem praefectus, den man von Rom aus dahin schickte [1]). In den Provinzen aber, wovon hier allein die Rede ist, kommt diese Art der Verfassung nicht vor. Die höchste Gerichtsbarkeit, so wie die obere Verwaltung, lag in den Händen des Römischen Statthalters. Freilich konnte dieser nicht blos in Person sein Amt ausüben, sondern auch durch Stellvertreter. Eine solche delegirte Jurisdiction hatten vorzüglich und in der Regel die Legaten. Aber auch jedem Andern aus seinem Gefolge konnte der Proconsul dieselbe übertragen [2]), und die Begränzung, so wie die Dauer dieses Rechts stand dann ganz in der Willkür des Proconsuls. Nach der Meinung des Manutius nun müßte eine solche Delegation als eine bestimmte persönliche Würde, und mit dem bestimmten Titel eines Präfecten, vorgekommen seyn, und eben dieses halte ich für ganz unrichtig. Aus unseren Stellen wenigstens läßt sich eine solche Würde gewiß nicht beweisen, da diese viel natürlicher von dem gewöhnlichen praefectus

[1]) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter. Bd. 1. [§. 14.].

[2]) Tit. Dig. de off. ejus, cui mandata est jurisd. (1. 21.).

equitum zu erklären sind. In einer andern Stelle freilich werden Präfecten in einer gewissen, freilich ganz dunkeln, Verbindung mit der Gerichtsbarkeit genannt [1]); aber diese Verbindung widerspricht meiner Ansicht gar nicht, indem der Proconsul seine Jurisdiction sogar jeder Privatperson, also gewiß auch seinen praefectis equitum, delegiren konnte.

Endlich ist noch über den Anatocismus Etwas zu bemerken. Das neuere Römische Recht hat es allgemein verboten, rückständige Zinsen zum Kapital zu schlagen und wieder zinstragend zu machen, damals aber war es gesetzlich erlaubt. Darauf gehen folgende Stellen: „Cum ego in edicto tralatitio centesimas me observaturum haberem, cum anatocismo anniversario" [2]). Ernesti und Schütz halten das Beiwort anniversario für unächt, indem es in dem Begriff von anatocismus schon mit enthalten sey, — aber ganz ohne Grund. Der Begriff des Anatocismus ist auf jeden beliebigen Zeitraum anwendbar, und bei den Römern besonders, welche die Zinsen monatlich berechneten und zahlten, war der Gedanke an

[1]) Cic. ad Att. V. 7. „Quot ante, ait se Pompejus quinos praefectos delaturum novos: vacationes, judiciariam causam." Vgl. ad Att. V. 4. und V. 11. Der Text jener Stelle ist wahrscheinlich verdorben, und weder eine Verbesserung desselben, noch eine befriedigende Erklärung der Stelle, hat bis jetzt gelingen wollen.

[2]) ad Att. V. 21. p. 554.

einen monatlichen Anatocismus, der denn freilich die Schuldner bald zu Grunde gerichtet hätte, sogar noch viel natürlicher, als an einen jährigen. Sollte es also in der That nur erlaubt seyn, erst nach einem Jahre die rückständigen Zinsen zum Kapital zu schlagen, so war es gewiß nicht überflüssig, Dieses ausdrücklich hinzu zu fügen. — Ernesti hat aber auch anderwärts den Anatocismus überhaupt so erklärt, daß er durchaus keinen Begriff von der wahren Natur desselben gehabt haben kann [1]). Die zweite

[1]) *Ernesti* clavis Cicer., Index Latinitatis, v. anatocismus. „Anatocismus usurae usurarum. Att. V. 21. Anatocismus anniversarius, cum solvuntur usurae usurarum, sed earum tantum, quae singulis annis solutae sunt pro sorte, non pro usuris. Tamquam si quis accipiat mille florenorum usuram pro sorte, anniversarius anatocismus est, cum postero anno, adjectis mille florenis ad caput, capiuntur, 50 floreni amplius, 1050; tertio 1100, quarto 1150, etc. nulla autem usura solvitur anno tertio pro illis 50 florenis, qui ad caput pro usuris usurarum accesserant." Diese Erklärung ist von allen Seiten unrichtig, vor Allem deswegen, weil schon bezahlte Zinsen (earum . . quae singulis annis solutae sunt) unmöglich neue Zinsen tragen können, so wenig, als ein bereits abgetragenes Kapital. Der zweite Irrthum aber liegt darin, daß blos die Zinsen des ursprünglichen Kapitals Zinsen tragen sollen, nicht wiederum die Zinseszinsen. Zu dieser Beschränkung ist durchaus kein Grund vorhanden, ja sie ist nach der Art, wie gerechnet zu werden pflegt, ganz unmöglich. Am Ende jedes Jahres nämlich wird der ganze Rückstand, Kapital und Zinsen, in Eine Summe gezogen, und für das folgende Jahr als zinstragendes Kapital angesehen; das ist es, was Cicero renovatio singulorum annorum nennt, und dabei ist es denn freilich nicht mög-

Stelle ist diese: „Confeceram, ut solverent centesimis sexennii ductis cum renovatione singulorum annorum“ [1]). Die Zusammenkunft in Tarsus scheint am Ende des Jahres 703 gewesen zu seyn. Da nun die Schuld im Jahre 698 contrahirt wurde, so waren freilich noch nicht volle sechs Jahre verflossen, und Cicero nennt diese wohl blos als eine runde Zahl. Eine dritte Stelle sagt hierüber: „Salaminios autem . . adduxi, ut totum nomen Scaptio vellent solvere; sed centesimis ductis a proxima quidem syngrapha, nec perpetuis, sed renovatis quotannis“ [2]). Die proxima syngrapha giebt an sich einen sehr guten Sinn, wenn man nämlich annimmt, daß man in der Zwischenzeit öfter abgerechnet und jedesmal die Zinsen zum Kapital geschlagen hätte; dann durften freilich jetzt neue Zinsen nur von der letzten Verschreibung an gerechnet werden. Aber es paßt nicht zu den vorhin erwähnten centesimis sexennii, d. h. zu der Berechnung der Zinsen von Anfang der Schuld an. Manutius will daher lesen: a prima quidem syngrapha. Es scheint mir aber natürlicher, anzunehmen, daß Cicero,

lich, in diesem Rückstand zu unterscheiden, ob er aus Kapitalzinsen oder aus Zinseszinsen entstanden ist.

[1]) ad Att. V. 1. p. 571.

[2]) ad Att. VI. 2. p. 606.

als er diese Briefe schrieb, das ohnehin geringfügige Detail der Sache nicht immer gegenwärtig hatte, und darum in verschiedenen Briefen Umstände angab, die mit einander in der That im Widerspruch standen.

Nachtrag zur vorstehenden Abhandlung. 1849.

Ueber die hier behandelten Stellen aus den Briefen des Cicero ist späterhin eine Erklärung versucht worden, die man kaum für denkbar halten sollte [1]). Der Urheber derselben geht aus von der Behauptung, bis in das neunte Jahrhundert der Stadt sey Ein Procent (welches er unciarium foenus nennt) der gesetzliche, und zugleich meist auch der factisch gewöhnliche Zinsfuß gewesen (S. 376.). Um nun nicht durch unsere Stellen des Cicero widerlegt zu werden, erfindet er folgende völlig neue Auslegung (S. 384. 394—398. 400.). Centesima ohne Zusatz soll jährliche Zwölf Procente bedeuten (welches richtig ist), aber Centesima cum anatocismo (wovon Cicero spricht) Ein Procent jährlich, folglich quaternae cum anatocismo Vier Procent jähr-

[1]) Schultz Staatsverfassung der Römer. Köln 1833.

lich. So kommt er zu dem unglaublichen Resultat, daß Cicero nur Ein Procent habe dulden wollen, Scaptius habe Vier Procent jährlich verlangt; dieser unerhörte Wucher habe dem Cicero Schauder erregt (cohorrui), und den Untergang der Stadt Salamis herbeigeführt. — Eine Widerlegung dieser Abenteuerlichkeit wird wohl nicht erwartet werden.

XIV.
Ueber die Lex Voconia.

Vorbemerkung.

Diese Abhandlung wurde gelesen in der Akademie der Wissenschaften zu Berlin am 2. November 1820. Die erste Ausgabe findet sich in den Abhandlungen der Akademie von 1820. 1821.

Eine Italienische Uebersetzung derselben von Conticini (jetzt Professor in Pisa) steht in dem nuovo giornale de' Letter. Num. 77. und ist daraus besonders abgedruckt Pisa 1834. 8. Der gelehrte Uebersetzer hat eigene Noten hinzugefügt, und darin besonders auch eine Stelle aus Cicero de republica benutzt, welches Werk erst nach der Abfassung der hier abgedruckten akademischen Vorlesung entdeckt worden war.

Erster Abschnitt. Literatur und Geschichte.

In den Alterthümern des Römischen Rechts ist vielleicht keine Untersuchung schwieriger und bestrit-

tener, als die über den Inhalt der Lex Voconia. Diese Untersuchung aber jetzt von Neuem aufzunehmen, finde ich eine besondere Veranlassung in den neu entdeckten Institutionen des Gajus, der jenes Gesetz zwar nur in wenigen Zeilen erwähnt, aber doch auf eine solche Weise, daß dadurch mehrere der wichtigsten unter den bisherigen Irrthümern völlig beseitigt werden können.

Unter den Schriftstellern, welche bisher davon gehandelt haben, scheint mir der gründlichste und besonnenste Gronovius [1]). Er begnügt sich damit, mehrere bedeutende Irrthümer zu bestreiten und einige Hauptpunkte völlig fest zu stellen, und indem er die übrigen unentschieden läßt, bahnt er den Weg zur Fortsetzung der Arbeit, ohne seine Nachfolger durch eingemischte falsche Ansichten zu verwirren. Perizonius, der hier von Vielen als Hauptschriftsteller angeführt wird [2]), hat seinen Gegenstand zwar mit Gelehrsamkeit und Scharfsinn behandelt, durch seine falschen Hypothesen aber die ganze Untersuchung mehr verwirrt, als gefördert. Sein Nachfolger, Wieling [3]), ist auf diesem verderblichen Wege noch viel

[1]) *Gronovius* de sestertiis Lib. 3. C. 16.

[2]) *Perizonii* dissertat. trias, Daventriae 1679. 8. Diss. 2.

[3]) *Wieling* lectiones juris civilis. Traj. 1740. 8. Lib. 2. C. 19—27.

weiter fortgegangen. Bouchaud [1]) hat sich stillschweigend das Verdienst erworben, diese Kapitel aus Wieling's Buch ganz wörtlich zu übersetzen, einige Stellen ausgenommen, die er blos excerpirt hat. Der neueste Schriftsteller endlich, Kind [2]), hat die hierher gehörigen Untersuchungen von Neuem mit musterhaftem Fleiße angestellt, sich aber von dem oben gerügten Fehler seiner Vorgänger nicht frei genug erhalten.

Der Urheber dieses Gesetzes ist der Tribun Q. Voconius Saxa [3]). Ueber das Zeitalter sind die Meinungen getheilt. Einige nehmen das Jahr 576 an, d. h. das Consulat von M. Junius Brutus und A. Manlius Vulso [4]), Andere das Consulat von Q. Marcius Philippus und Cn. Servilius Cäpio, d. h. das J. 585 [5]). Diese letzte Annahme gründet sich auf eine so bestimmte Stelle

[1]) *Bouchaud* Commentaire sur la loi des douze tables, 2. ed. Paris 1803. 4. T. 1. p. 526—581.

[2]) *Maur. Kind* de lege Voconia diss. Lips. 1820. 4. Daselbst sind auch p. 1—3. die Literarnotizen vollständiger, als hier, zusammengestellt. Das von ihm vermißte Programm von Buchardi ist ganz unbedeutend.

[3]) *Cicero* pro Balbo C. 8.

[4]) *Kind* l. c. §. 3—5.

[5]) *Wieling* l. c. Cap. 19., und besonders Garatonius ad Cic. in Verr. lib. 1. C. 41. 42. p. 300. 302.

des Cicero, der das Gesetz vor sich hatte [1]), daß ihre Richtigkeit kaum bezweifelt werden kann. Die erste Annahme dagegen beruht auf folgenden Gründen: Livius erzählt die Begebenheiten des J. 585 im 43sten und 44sten Buch, und erwähnt dabei die Lex nicht; dagegen steht sie in der Epitome des 41sten Buchs, folglich, sagt man, muß sie in den verlorenen Theilen dieses Buchs vorgekommen seyn, und zwar unter dem J. 576. Allein die Vertheidiger und selbst die Gegner dieser Meinung übersehen, daß auch das 43ste Buch des Livius am Schluß lückenhaft ist, daß also hier eben so gut, als im 41sten, die Lex Voconia gestanden haben kann. Erwägt man Dieses, so ist es also nicht Livius, sondern der Verfasser der Epitome, welcher dem höchst bestimmten und glaubwürdigen Zeugniß des Cicero widerspricht, und es ist gewiß weit leichter, anzunehmen, daß in diesen Auszug durch den Verfasser oder durch Abschreiber eine Verwirrung gebracht worden sey, als daß Cicero die Consuln, die doch unstreitig im Eingang der Lex standen, falsch gelesen haben sollte [2]).

[1]) *Cicero* de senectute C. 5.

[2]) Cicero sagt, Cato sey bei der Verhandlung über die Lex Voconia, d. h. im J. 585, 65 Jahre alt gewesen. Deshalb glaubt Garatoni, der außerdem die richtige Meinung hat, Livius sey

Zweiter Abschnitt. Inhalt des Gesetzes.

Zwei Vorschriften desselben beruhen auf unmittelbaren und unzweifelhaften Zeugnissen, und von diesen muß daher zuerst die Rede seyn; dann aber sind auch noch einige andere Vorschriften zu prüfen, von welchen häufig behauptet wird, daß sie gleichfalls darin enthalten gewesen seyen.

I. Verbotene Erbeinsetzung der Frauen.

Das erste und wichtigste Stück des Gesetzes, wovon hier vorzüglich die Rede seyn soll, ist so auszudrücken:

> Frauen sollten nicht zu Erben eingesetzt werden, vorausgesetzt, daß der Testator mit einem Vermögen von 100000 Sestertien censirt wäre.

Diese Bestimmungen sind nunmehr einzeln zu erläutern und zu beweisen.

wirklich hierin anderer Meinung, als Cicero, und zwar hange dieser Widerstreit zusammen mit den auch sonst bekannten verschiedenen Angaben über das Geburtsjahr des Cato. Dabei wird also vorausgesetzt, das Alter des Cato zur Zeit der Lex Voconia sey unmittelbar gewiß und allgemein bekannt gewesen, und daraus sey von Cicero sowohl, als von Livius, das Jahr der Lex, von jedem anders, berechnet worden. Diese Annahme ist aber sehr unwahrscheinlich, und es ist offenbar natürlicher, gerade umgekehrt anzunehmen, das Jahr der Lex sey unmittelbar bekannt gewesen, und daraus habe Cicero in der angeführten Stelle das 65ste Lebensjahr des Cato berechnet.

1) Verboten war die Erbeinsetzung und nur diese.

Hierin stimmen die deutlichsten Zeugnisse überein.

Cicero in Verrem lib. 1. C. 42. „ne quis *heredem* virginem, neve mulierem faceret“.

Asconius ib. C. 41. „ne quis . . . *heredem* relinqueret filiam“.

Augustinus de Civitate Dei lib. 3. C. 21. „Lex Voconia ne quis *heredem* feminam faceret“.

Dazu kommt jetzt noch die Stelle des Gajus lib. 2. §. 274. „mulier . . . per legem Voconiam heres institui non potest“. Auch ist nach dem übereinstimmend allgemeinen Ausdruck dieser Stellen das Verbot absolut zu verstehen, d. h. ohne Unterschied, ob die Frau Erbin des ganzen Vermögens oder irgend einer Quote werden sollte; ferner ohne Rücksicht auf den Geldeswerth, den sie durch diese Erbeinsetzung wirklich gewinnen würde. Ich werde auf diesen Punkt weiter unten zurückkommen.

Andere mögliche Successionsarten der Frauen dagegen, so viele Aehnlichkeit sie auch außerdem mit der Erbeinsetzung haben mochten, waren nicht verboten. Dahin gehört:

a) Das Fideicommiß einer Erbschaft. Zur Zeit des Gesetzes freilich konnte davon überhaupt

nicht die Rede seyn, wohl aber seit August, da die Fideicommisse klagbar wurden, und noch mehr seit Nero (Sc. Trebellianum), da die fideicommissarische Erbschaft der directen Erbeinsetzung so nahe gebracht wurde. Aber daß auch nun noch das Verbot der Lex Voconia darauf nicht bezogen wurde, sagt ausdrücklich Gajus l. c. „Item mulier quae . . . per L. Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest“.

b) Die Intestaterbfolge. Von diesem wichtigen Punkte wird weiter unten mehr zu erwähnen seyn.

2) Das ganze Verbot aber sollte nur gelten für diejenigen Testatoren, welche mit einem Vermögen von wenigstens 100000 Sestertien censirt wären.

Daß überhaupt eine Geldsumme als Bedingung des Verbots ausgedrückt war, ist unbestritten; desgleichen ist die Bedeutung dieser Geldsumme ziemlich anerkannt. Sie bezog sich nämlich nicht auf den Erbtheil, welcher der Frau zufallen durfte [1]), sondern

[1]) *Gronovius* de Sest. Lib. 3. C. 16. *Kind* l. c. §. 30—32. Da hier dieser Punkt befriedigend erörtert ist, so ist es gegenwärtig nicht mehr nöthig, dabei zu verweilen.

dern lediglich auf das Vermögen des Testators, so daß Der, welcher weniger besaß, von dem Verbot ganz frei war, wer aber diese Summe besaß, einer Frau nicht das Geringste durch Erbeinsetzung zuwenden konnte.

Dagegen ist bestritten erstlich die Größe dieser Summe, zweitens die Beziehung, in welcher das Gesetz vom Census sprach.

Was die Größe der Summe betrifft, so nennt Asconius, indem er Cicero's kurze Angabe des Inhalts der Lex erklären will, 100000 Sestertien[1]). Dio Cassius aber giebt die Summe zu 25000 an[2]), was nach seinem gewöhnlichen Sprachgebrauch von Drachmen oder Denaren zu verstehen ist, also gleichfalls 100000 Sestertien giebt, so daß beide Zeugnisse völlig mit einander übereinstimmen[3]). Dennoch wird von Mehreren, und auch von dem neuesten Schriftsteller, diesen Zeugnissen entgegen, eine ganz andere Summe angenommen. Er behaup-

[1]) *Asconius* ad Cic. in Verr. lib. 1. C. 41.

[2]) *Dio Cassius* Lib. 56. C. 10.

[3]) *Gronovius* l. c. *Kind* l. c. §. 30. 32. [Huschke, Census der Kaiserzeit S. 96., nimmt an, das Gesetz selbst habe 100000 Asse angegeben, die Prätoren aber hätten seit August im Edict 100000 Sestertien gesetzt, um die Summe „mit den Erfordernissen der Jetztzeit in Einklang zu bringen." Zeugnisse für eine solche Abänderung giebt er nicht an.]

tet nämlich, die Geldsumme sey (was aber in keiner Stelle gesagt wird) gerade der Census der ersten Classe gewesen, dieser Census sey ferner seit der ersten Einrichtung unverändert geblieben, folglich betrage die Summe 100000 schwere Asse; da nun zur Zeit der Lex Voconia der As schon auf den vierundzwanzigsten Theil reducirt war, so betrage die Summe in damaligem Courant 2,400,000 Asse oder 600000 Sestertien. Auf die oben erwähnten Zeugnisse antwortet er, Dio Cassius habe geirrt, und bei Asconius sey der Theil der Stelle, welcher die Sestertien ausdrücklich nennt, durch schlechte Abschreiber eingeschoben [1]). Diese Bestreitung so bestimmter Zeugnisse ist nun gewiß sehr unkritisch, und um so mehr, wenn man erwägt, wie unhaltbar Kind's eigene Meinung sogar an sich selbst, abgesehen von allen Zeugnissen, ist. Nämlich nach der

[1]) *Kind* l. c. §. 16—26. Wegen des Asconius citirt er eine Aldinische und Juntinische Ausgabe, in welcher die Sestertien auch schon fehlen sollen, jedoch ohne diese Ausgaben, und selbst ohne ihre Leseart näher zu bezeichnen. Die Sache ist aber nur die, daß in den alten Ausgaben (z. B. in der Hagenauer s. a. in Fol. und in der Aldinischen von 1522. 8.) ein Theil der Stelle aus Versehen von dem übrigen getrennt und weiter unten eingerückt ist, wohin er nicht gehört; dagegen sind die entscheidenden Worte: „id est, neque centum millia sestertium possideret", überall wirklich vorhanden, worauf denn doch am Ende Alles ankommt, und was man nach Kind's unbestimmter Angabe leicht bezweifeln könnte.

bekannten Stelle des Plinius [1]) ist die Reduction des As auf $\frac{1}{24}$ seines ursprünglichen Gewichts durch eine Lex Papiria von unbekanntem Jahr, die auf $\frac{1}{12}$ aber schon im J. 537 bewirkt worden. Zur Zeit der Lex Voconia war also der alte Münzfuß der schweren Asse längst gesetzlich abgeschafft, und daß dennoch das Gesetz eine Geldsumme in diesem Münzfuß ausgedrückt haben sollte, ist eben so undenkbar, als daß ein gegenwärtiges preußisches oder sächsisches Gesetz eine Summe angeben und dabei den Achtzehn-Gulden-Fuß im Sinn haben sollte. Ohne allen Zweifel hat also das Gesetz die Summe in dem damals geltenden Münzfuß ausgedrückt, also entweder in kleinen, d. h. reducirten Assen, oder in Sestertien, welches Letzte nach dem Sprachgebrauch anderer Gesetze aus der Zeit desselben Münzfußes wahrscheinlicher ist [2]), und wodurch die Zeugnisse des Asconius und des Dio noch wahrscheinlicher werden. Dazu kommt endlich noch die große Unwahrscheinlichkeit, daß der Census der ersten Classe von Servius an bis zu Ende des sechsten Jahr-

[1]) *Plinius* hist. nat. lib. 33. C. 3. (13.)

[2]) So z. B. die Lex Papia. Gajus lib. 3. §. 42, §. 2. J. de success. libert. Ferner die Lex Galliae cisalpinae Col. 2. lin. 4. 19. 27. Desgleichen die Bestimmungen im Fragm. de jure fisci §. 8. 9.

hunderts sollte ungeändert geblieben seyn, eine Annahme, welcher selbst die Worte des Plinius sehr ungünstig sind [1]). — So stand die Sache vor der Entdeckung des Gajus, dessen hierher gehörige Stelle freilich neue Zweifel erregen könnte. Er sagt nämlich: „Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest" etc. Bekanntlich steht nun sehr oft aes für as oder asses [2]), und nach diesem Sprachgebrauch würde Gajus 100,000 Asse angeben, was man nun entweder als eine Bestätigung der 100,000 schweren Asse nach Kind's Meinung verstehen, oder aber von kleinen Assen erklären könnte, da es denn nur den vierten Theil der oben von uns angenommenen Summe, nämlich 25,000 Sestertien ausmachen würde. Der ersten Annahme aber widerstreiten alle bereits ausgeführten Gründe gegen das Vorkommen schwerer Asse in der Lex Voconia, so wie der zweiten der Umstand entgegensteht, daß alsdann die Summe so überaus klein ausfallen würde. Gegen beide Erklärungen aber ist hauptsächlich zu bemerken, daß alsdann nothwendig entweder bei

[1]) *Plinius* hist. nat. lib. 33. C. 3. (13.) „Maximus census CXM. assium *fuit illo rege*".

[2]) Varro de lingua lat. lib. 8. C. 49. „pro assibus nonnunquam aes dicebant antiqui" etc.

Gajus, oder bei Asconius und Dio ein Irrthum in der Summe angenommen werden müßte. Aber gerade diese Summe mußte so bekannt seyn, und in so vielen Büchern stehen, daß ein Irrthum hierin sehr unwahrscheinlich ist, und daß ich es für richtiger halte, die Stelle des Gajus anders zu interpretiren, so daß alsdann der von ihm gebrauchte Ausdruck aeris nicht mehr in dem alterthümlichen Sinn (für assium), sondern in einem allgemeineren und unbestimmteren Sinn, entweder für Geld überhaupt, oder für Geldstück, genommen werden muß, da sich dann diejenige Einheit ohne Gefahr einer Mißdeutung von selbst verstand, die nun schon seit Jahrhunderten allen Geldrechnungen zum Grunde lag [1]. Zur Unterstützung dieser Erklärung können noch fol-

[1]) Das Bedenkliche, welches bei dieser Erklärung übrig bleibt, liegt darin, daß keine andere Stelle nachgewiesen werden kann, worin das Wort aes, wenn es neben einer Summe genannt wird, gerade Sestertien bedeutet, und diese Bedenklichkeit wird durch die im Text folgenden Bemerkungen zwar wohl vermindert, aber nicht gehoben. Für Denjenigen, welcher durch diese Bemerkungen nicht überzeugt wird, scheint daher Nichts übrig zu bleiben, als die Annahme von 100,000 kleinen Assen, da die Geringfügigkeit dieser Summe noch weit weniger gegen dieselbe entscheidet, als gegen die schweren Asse der Umstand, daß sie damals längst abgeschafft waren. Man muß dann, um die allerdings geringe Summe (nämlich 1250 Rthlr. unseres Geldes) wahrscheinlich zu finden, die Sache so denken, daß die Absicht nicht sowohl darauf ging, nur die Reichen zu beschränken, sondern vielmehr in der Regel alle Bürger zu umfassen, und nur die Armen auszunehmen.

gende Umstände angeführt werden: erstlich der Ausdruck nummus, der, an sich auch allgemein, dennoch sehr oft geradezu für sestertius gebraucht wird; zweitens eine Stelle des Ulpian, welche so lautet: „etiam aureos nummos aes dicimus“ [1]); endlich (und dieses scheint das Wichtigste), daß derselbe Gajus in anderen Stellen, worin wirklich von Assen die Rede ist, gewöhnlich nicht aes, sondern asses sagt; so bei der Lex Furia, bei dem Sacramentum, und eben so bei den Injurienstrafen in den zwölf Tafeln [2]).

Nur Diejenigen endlich betraf das Verbot, welche censirt waren. Damit mag es sich so verhalten. Höchst wahrscheinlich hatte das Gesetz selbst den Cen=

[1]) L. 159. D. de verb. signif.

[2]) *Gajus* lib. 2. §. 225. „lex Furia qua .... plus mille assibus .... capere permissum non est“. — Lib. 3. §. 223. „propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat .... propter ceteras vero injurias XXV. assium poena erat constituta“. — Lib. 4. §. 14. „de rebus mile aeris plurisve quingentis assibus, de minoribus vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur“. — Lib. 4. §. 23. „lex (Furia) testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortisve causa plus M. assibus cepisset“. — Freilich steht in der ersten dieser Stellen gleich nachher „quinque milium aeris“ in demselben Sinn wie assium, und derselbe abwechselnde Ausdruck findet sich auch in der dritten Stelle; dieses heißt aber auch hier, so wie es oben erklärt worden ist, nur Geld überhaupt, und für die nähere Bestimmung ist jedesmal durch das unmittelbar danebenstehende assibus hinlänglich gesorgt.

sus nur in Verbindung mit jener Vermögenssumme genannt, nicht, um Diejenigen von dem Verbot auszunehmen, die überhaupt gar nicht censirt waren. Da sie aber doch den Worten nach ihr Verbot an die Eigenschaft eines Censirten geknüpft hatte, und da man überhaupt dem Verbot nicht sonderlich geneigt war, so nahm man jene Worte streng, und betrachtete als ausgenommen von dem Verbot: a) Alle, die nicht 100,000 Sestertien im Vermögen hatten, b) auch die Reicheren, wenn sie gerade nicht im letzten Census censirt waren, sey es, daß sie es blos einzeln versäumt oder vermieden hatten, oder daß überhaupt ein Census übersprungen worden war. Ich will es versuchen, nach dieser Ansicht die hier besonders wichtige Stelle der Verrinen zu erklären[1]).

Ein reicher Mann, P. Annius Asellus, hatte seine einzige Tochter zur Erbin eingesetzt, und ihr, wie es scheint, einen Seitenverwandten substituirt. Er durfte ungeachtet der Lex Voconia die Tochter einsetzen, weil er überhaupt gar nicht (im letzten Census nämlich) censirt war [2]). Verres aber, als designirter Prätor, verhandelte die Erbschaft an den

[1]) *Cicero* in Verrem lib. 1. C. 41—44.

[2]) L. c. C. 41. „Is, cum haberet unicam filiam, *neque census esset,* quod eum natura hortabatur, *lex nulla prohibebat,* fecit, ut filiam bonis suis heredem institueret".

substituirten Erben, und setzte, um sie diesem zu verschaffen, eine Stelle in sein Edict, wodurch er, scheinbar auf die Lex Voconia bauend [1]), jener Tochter ihr Erbrecht entzog. In der That nun ging er hier viel weiter, als die Lex Voconia selbst, und darauf eben gründen sich die Vorwürfe, die ihm Cicero, wahrscheinlich sehr mit Recht, macht; erstlich sagte er in diesem Edict Nichts von dem Census, den doch die Lex Voconia, wenigstens den Worten nach, voraussetzte [2]), und zweitens gab er dieser neuen Vorschrift sogar rückwirkende Kraft auf bereits eröffnete Erbschaften [3]).

Das Schwierigste in dieser ganzen Stelle des Cicero ist der Umstand, daß er da, wo er den

[1]) L. c. C. 41. „cum intelligam Legem Voconiam"; es sind abgerissene Worte des Edicts, worauf vielleicht folgte non observari oder saepe negligi.

[2]) L. c. C. 41. (Edictstelle) „Qui ab A. Postumio Q. Fulvio censoribus postve ea fecit, fecerit". C. 42. (L. Voconia) „qui post eos censores census esset, ne quis heredem mulierem faceret". Auch folgt dieser Unterschied nothwendig daraus, daß außerdem Verres nicht einmal aus diesem Edict einen Vorwand zur Ausschließung der Tochter gehabt hätte. Vgl. Ferratius epp. III. 15.

[3]) L. c. C. 41. 42. *„Qui . . . fecit, fecerit.* (Dieses ist die Stelle des Edicts). Fecit, fecerit? Quis umquam edixit isto modo? . . . . In lege Voconia non est, *fecit, fecerit:* neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata, ac nefaria est". — *Hotomanus* obs. I. 1. versucht es, den Verres gegen Cicero's Vorwürfe zu vertheidigen.

Inhalt des Gesetzes angiebt, dennoch ganz von der Summe der 100,000 Sestertien schweigt. Er sagt nämlich von Voconius [1]: „sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret". Zunächst möchte man vermuthen, das Zahlzeichen habe neben dem Wort census wirklich gestanden, und sey blos in den Handschriften ausgefallen. Allein Asconius las schon so, wie wir, und suchte erst durch Interpretation jene Summe in die Stelle hinein zu bringen. Er selbst nämlich erklärt sich auf folgende schwankende Weise [2]: „*neque census esset.* Neque centum millia sestertium possideret, nam more veterum censi dicebantur, qui centum millia professione detulissent; hujusmodi adeo facultates census vocabantur. Alii sic intelligunt, neque census esset, hoc est, neque census ejus in quinquennium illud esset factus, quorum annorum spatio instaurari census solet apud Censores, quorum administratio per lustrum, hoc est, quinquennium, extenditur". Und eben so bald nachher (zu den Worten: *cum intelligam legem Voconiam*): „Voconius legem tulerat, ne quis census, hoc est, pecuniosus, heredem relinqueret filiam". Die Schrift-

[1]) L. c. C. 42.

[2]) L. c. C. 41. zu den Worten: neque census esset.

steller über die Lex Voconia und die Erklärer des Cicero wetteifern in harten Reden über diese Stellen des Asconius, zuerst, weil er ganz willkürlich annimmt, daß jemals census Denjenigen bezeichnet habe, der sich zur höchsten Vermögenssumme bekannte (wie classicus); zweitens, weil er für die Zeit des Cicero 100,000 Sestertien als den höchsten Census voraussetzt; drittens, weil er dieses Ganze vorbringt, nicht blos da, wo Cicero den Inhalt der Lex Voconia erwähnt, sondern auch, wo derselbe von dem Annius Asellus sagt „neque census esset". Nach der Erklärung des Asconius also müßte Annius weniger, als 100,000 Sestertien (5,000 Rthlr.), besessen haben, und ein solcher Mann müßte zu Cicero's Zeit für reich gegolten haben, da nach dem ganzen Zusammenhang von einer reichen Erbschaft die Rede ist. Ich will alle diese Vorwürfe zugeben; aber die Stelle selbst, anstatt dadurch unbedeutend zu werden, wird gerade umgekehrt sogar noch wichtiger, als vorher. Asconius nämlich, oder wer sonst den Commentar zu den Verrinen geschrieben haben mag, hat gewiß nicht die Summe von 100,000 Sestertien erfunden, er hat sie nur unrichtig als Erklärung angebracht. Je gewisser also seine Erklärung schlecht ist, je gewisser es ist, daß in Cicero's Worten keine sichtbare Hinweisung auf die

100,000 Sestertien liegt, desto sicherer können wir annehmen, daß Asconius anderwärtsher von diesen Etwas gewußt haben muß, desto bedeutender also ist seine Stelle als historisches Zeugniß überhaupt. Die Sache ist nämlich diese. Asconius wußte, daß die Lex Voconia von 100,000 Sestertien sprach; er vermißte diese Summe in der Rede des Cicero, so wie wir sie vermissen, er suchte sie hinein zu interpretiren, und interpretirte schlecht.

Freilich bleibt nun für die Stelle des Cicero selbst noch immer die vorige Schwierigkeit, daß er nämlich da, wo er den Inhalt der Lex Voconia angeben will, ein hauptsächliches Stück desselben, die 100,000 Sestertien, verschweigt. Doch auch dieses Schweigen läßt sich daraus erklären, daß ja die ganze Rede schlechthin keinen andern Zweck hatte, als die Nichtswürdigkeit des Verres darzulegen. Deswegen allein erzählt er dessen Benehmen bei der Erbschaft des Annius, welche Verres der Tochter des Annius entzog, während die Lex Voconia selbst diese Tochter zugelassen haben würde. Die Lex Voconia nämlich beschränkte ihr Verbot auf solche Testatoren, welche 1) 100,000 Sestertien besaßen, 2) und zugleich censirt waren. Jenes Vermögen nun hatte zwar Annius auch, und von dieser Seite also wäre er dem Verbot der Lex nicht entgangen;

aber censirt war er nicht, deswegen wäre er frei geblieben, und hierin also mußte Verres das Verbot ändern und schärfen, um die Tochter des Annius auszuschließen. Um diese Ungerechtigkeit darzustellen, mußte Cicero den Theil der Lex Voconia, welcher die censirten Testatoren betraf, besonders herausheben: der andere Theil dagegen, worin das Vermögen von 100,000 Sestertien vorkam, war für den Zweck der Rede völlig gleichgültig, und konnte also füglich unberührt bleiben.

Alles, was hier über die Stelle des Cicero sowohl, als über die des Asconius, gesagt worden ist, beruht augenscheinlich auf der Voraussetzung, daß die Lex Voconia in der Bezeichnung der Testatoren, an welche ihr Verbot gerichtet sein sollte, zwei Stücke neben einander enthielt: ein bestimmtes Vermögen nämlich, und das Daseyn des Census. Gerade diese Voraussetzung aber ist jetzt durch die Stelle des Gajus völlig bestätigt [1]), und damit scheint mir nun auch jene Erklärung ein neues und bedeutendes Gewicht zu erhalten. — Ich muß jedoch auch noch den Hauptgrund anführen, welcher gegen dieselbe vorgebracht worden ist. Man behauptet nämlich,

[1]) *Gajus* lib. 2. §. 274. „Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest" etc.

die hier vorausgesetzte willkürliche Versäumniß des Census sey deshalb unmöglich gewesen, weil die Strafe der Sclaverei darauf gestanden habe [1]). Diese Strafe indessen, die für die ältere Zeit bekannt genug ist, bezog sich unleugbar auf die Verkürzung der Vermögensteuer, und seit der Abschaffung dieser Steuer ist sie ohne Zweifel entweder gleichfalls abgeschafft, oder doch nicht mehr ausgesprochen worden. Zwar hat man behauptet, das Erscheinen bei dem Census sey auch nach der Abschaffung der Steuer unerläßlich gewesen, weil jedem Bürger nur dadurch seine Stelle in den Classen und Centurien, mithin in der Volsversammlung, hätte angewiesen werden können; allein es ist schon früher aus ganz anderen Gründen wahrscheinlich gemacht worden, daß die Servianischen Classen in den späteren Comitien gar nicht mehr sichtbar waren, und ohnehin war die Ausübung der politischen Rechte zur Zeit der freien Republik etwas so Wünschenswerthes und Ehrenvolles, daß es gewiß weder nöthig, noch passend scheinen konnte, die Allgemeinheit dieser Ausübung durch Strafgesetze zu befördern. Allerdings

[1]) *Kind* l. c. §. 19. 27. 56. Er nimmt ohne Beweis gegen alle Wahrscheinlichkeit an, es sey schwer verboten gewesen, den Census ganz zu versäumen, wohl aber erlaubt, eine geringere Summe, als das wirkliche Vermögen, anzugeben.

spricht Cicero in einer bekannten Stelle von jener Strafe in der gegenwärtigen Zeit [1]); allein auch dieser Ausdruck, welcher nicht auf eine einzelne Thatsache, sondern auf eine allgemeine Betrachtung geht, läßt sich wohl mit der Annahme vereinigen, daß die Strafe damals abgeschafft oder wenigstens außer Gebrauch gekommen war.

Ich komme jetzt auf einen Punkt zurück, der schon oben erwähnt worden ist, aber nun erst ganz deutlich gemacht werden kann. Wer censirt war, und jenes Vermögen besaß, sollte keine Frau zur Erbin einsetzen, das war der einfache Inhalt des Verbots. Gerade hierin stimmen die entscheidenden Stellen, besonders die des Cicero und des Gajus, so deutlich überein, daß die entgegengesetzten Meinungen keine ausführliche Widerlegung verdienen. So z. B. ist behauptet worden, der Erbtheil habe nur nicht mehr, als höchstens 100,000 Sestertien betragen dürfen, oder, nach Anderen, nicht mehr, als ein Viertel des ganzen Vermögens [2]). Die Veranlassungen dieser Irrthümer sind schon größtentheils durch die bisherige Untersuchung weggeräumt; doch

[1]) *Cicero* pro Caecina C. 34.

[2]) *Perizonius* l. c. p. 141. sq. p. 148. sq. Vgl. o. Seite 413. Note 1.

haben dazu unter andern auch zwei Stellen beigetragen, von welchen nun noch zu reden ist.

Cicero nämlich erzählt folgende Geschichte [1]. Ein reicher Mann, Namens Fadius, hinterließ eine Tochter, und obgleich er nicht diese, sondern den Sextilius zum Erben einsetzte, so fügte er doch hinzu, er habe den Erben bereits gebeten, die ganze Erbschaft der Tochter heraus zu geben. Fadius starb, und Sextilius fragte seine Freunde um Rath. Aus zwei Gründen glaubte er die Erbschaft verweigern zu können: erstlich, indem er das im Testamente erwähnte Fideicommiß leugnete, zweitens wegen der Lex Voconia. Die Erklärung der befragten Freunde nun giebt Cicero zuerst so an: „quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire“. Dieses hat man so verstanden, als wenn nach Cicero's Meinung die Lex Voconia die Erbeinsetzung der Frauen nur für einen gewissen Theil des Vermögens verboten hätte. Diese Erklärung aber ist grundlos. Denn eigentlich war auf die Fideicommisse die Lex Voconia gar nicht anzuwenden [2]; wäre sie aber darauf anzuwenden gewesen, so hätte dieses nicht sowohl in ihrem Verbot der Erbeinsetzungen, als

[1]) *Cicero* de finibus II. 17.

[2]) *Gajus* l. c.

vielmehr in ihrer Beschränkung der Legate geschehen müssen, und diese war in der That auch nur auf einen gewissen Theil des Vermögens gerichtet. Uebrigens ist auch jener Ausspruch der Freunde nur als eine vorläufige, vor aller Untersuchung abgegebene Erklärung zu verstehen, daß sie der Lex Voconia nicht zu nahe treten wollten; die wahre Meinung steht in den gleich folgenden Worten: „Tenuit Sextilius permagnam hereditatem. Unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta et recta emolumentis omnibus et commodis anteponerent, ne nummum quidem unum attigisset.“ Das heißt also, in der That war die Lex Voconia auf den Fall gar nicht anzuwenden, welches sich wieder aus der angeführten Stelle des Gajus erklärt.

Die andere hierher gehörige Stelle findet sich in den dem Quinctilian zugeschriebenen Declamationen[1]). Hier wird von einem Testament gesprochen, worin zwei Frauen, jede zur Hälfte, zu Erben ernannt waren. Das Ganze ist überschrieben: „Fraus legis Voconiae. Ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare“. Allein dieses Stück hat, so wie die ganze Sammlung, geringen historischen Werth, und wenn dabei wirklich eine Reminiscenz aus der

[1]) Quinctiliani declam. N. 264.

Lex Voconia zum Grunde liegt, so ist diese doch nur unter der Voraussetzung anzunehmen, daß zwei verschiedene Bestimmungen des Gesetzes mit einander verwechselt und auch sonst noch mißverstanden worden sind [1]).

Fragt man zuletzt noch nach dem Grund des bisher erörterten Verbots, so ist er unstreitig darin zu suchen, daß man dem Reichthum und der daraus hervorgehenden Unabhängigkeit der Frauen Schranken setzen wollte, und mit diesem Grund haben sich mit Recht die Meisten begnügt. Auch ist der andere Grund, den man neuerlich hinzugefügt hat, nämlich die Erhaltung des Privatopferdienstes, ganz unhaltbar. Man behauptet nämlich, die Verpflichtung zu solchen Opfern habe überhaupt gar nicht auf Frauen übergehen können, und man habe also deren Erbeinsetzung allgemein verboten, damit keine andere, als opferfähige Erben eintreten möchten [2]). Allein die ganze Voraussetzung jener Unfähigkeit der Frauen, und damit zugleich dieser Grund des Gesetzes, wird durch die Stelle des Cicero widerlegt, worin er die Juristen anklagt, daß sie eine Scheinehe erfunden

[1]) *Wieling* l. c. p. 223.

[2]) *Kind* l. c. §. 10. 34.

hätten, um dadurch Frauen von der Last ererbter Opfer zu befreien [1]).

II. Beschränkung der Legate.

Die zweite Bestimmung der Lex Voconia betrifft die Legate. Kein Legatar nämlich sollte durch ein Testament mehr erhalten können, als den Erben übrig bleiben würde [2]).

Dieses Verbot kam mit dem vorhergehenden darin überein, daß es, so wie dieses, nur bei censirten Testatoren gelten sollte [3]); bei dem ganz gleichen Ausdruck des Cicero ist auch dieses ohne Zweifel von solchen Testatoren zu verstehen, die im Census ein Vermögen von wenigstens 100,000 Sestertien angegeben hatten.

Dagegen unterscheidet sich dieses Verbot von dem vorigen darin, daß es keinesweges auf das weibliche

[1]) *Cicero* pro Muraena C. 12., nach der Erklärung in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 2. S. 396. [Num. VIII. S. 180. der gegenwärtigen Sammlung].

[2]) *Cicero* in Verrem lib. 1. C. 43. *Gajus* lib. 2. §. 226., pr. J. de lege Falcidia ibique Theophilus.

[3]) *Cicero* l. c. „Quid, si plus legarit, quam ad heredem heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet?" Vgl. *Kind* l. c. §. 15. — Daß dieser Umstand von Gajus nicht erwähnt wird, erklärt sich wohl daraus, daß dieser ganze Theil des Gesetzes durch die Lex Falcidia aufgehoben war, und daher kein praktisches Interesse mehr hatte.

Geschlecht beschränkt war. Nicht blos Cicero drückt den Satz ganz allgemein aus, sondern auch Gajus und die Institutionen, ja er wird bei diesen in so unmittelbarer Verbindung mit der Lex Furia und Falcidia, unter den Vorkehrungen zur Aufrechthaltung der Testamente, genannt, daß dabei an eine Beschränkung auf die Frauen gar nicht zu denken ist. Dennoch hat Kind diese Beschränkung behauptet, jedoch blos, weil er glaubt, daß auch dieses Verbot aus der Vorsorge für die Sacra entstanden sey [1]), welche Meinung schon oben bei Gelegenheit des ersten Verbots geprüft und widerlegt worden ist.

III. Intestaterbfolge der Frauen.

Außer den vorigen Bestimmungen, die auf ausdrücklichen Zeugnissen beruhen, soll nach Vielen die Lex Voconia auch irgend Etwas über die Intestaterbfolge der Frauen bestimmt haben, und dieser Gegenstand ist einer der wichtigsten, so wie der schwierigsten Theile der ganzen Untersuchung. Was über dieses Erbrecht der Frauen in unseren Rechtsquellen erzählt wird, ist Folgendes. Nach den zwölf Tafeln hatten sie in der Intestaterbfolge völlig gleiches Recht mit den Männern. Einige Zeit nachher aber

[1]) *Kind* l. c. §. 36—40.

beschränkte man sie dahin, daß nur noch die Töchter und Schwestern des Verstorbenen zugelassen, alle entfernteren Verwandtinnen aber gänzlich ausgeschlossen wurden.

Nun ist oben erwähnt worden, daß das Verbot der Erbeinsetzung alle Frauen überhaupt traf, ja es wird in zwei Stellen ausdrücklich hinzugefügt, die Tochter des Testators, selbst die einzige Tochter, sey nicht von dem Verbot ausgenommen [1]). Aus der Verbindung beider Sätze aber entsteht eine große Schwierigkeit. Es scheint nämlich widersinnig, dem Vater die Erbeinsetzung seiner Tochter zu verbieten, da er sie ja stillschweigend zur Erbin machte, wenn er ohne Testament starb; ja es scheint noch widersinniger deshalb, weil selbst die Ungültigkeit des Testaments, worin die Tochter eingesetzt war, keine andere Folge hatte, als daß dieselbe Tochter nun zur Intestaterbfolge berufen wurde. Daß durch die oben bemerkte Einschränkung des Intestaterbrechts der Frauen der Widerspruch keineswegs gehoben, ja nicht einmal bedeutend vermindert wurde, ist wohl sehr einleuchtend; denn gerade bei den Töchtern war

[1]) *Asconius* in Cic. in Verr. lib. 1. C. 41. „ne quis . . . . heredem relinqueret *filiam*". Augustinus de civitate Dei lib. 3. C. 21. „ne quis heredem feminam faceret, *nec unicam filiam*".

er am auffallendsten, und das Erbrecht der Töchter blieb ja eben, so wie das der Schwestern, bestehen [1]).

Um diesem Widerspruch zu entgehen, hat man die willkürlichsten Hypothesen ausersonnen. So z. B. behauptet Kind, die Lex Voconia habe den Frauen alles Intestaterbrecht (nur mit Ausnahme eines mäßigen Pflichttheils) entzogen, und bei dieser Bestimmung sey es auch späterhin geblieben; die Beschränkung auf die Töchter und die Schwestern aber habe sich nur auf diejenigen Erbschaften bezogen, die überhaupt der Lex Voconia nicht unterworfen waren, nämlich auf den Nachlaß der nicht-censirten Bürger [2]).

Dieser Behauptung, so wie allen ähnlichen, steht die große Unwahrscheinlichkeit entgegen, daß von einer so wichtigen Aenderung nirgends die Rede seyn sollte. Besonders, wenn man die zusammenhängende Darstellung des Intestaterbrechts im dritten Buch des Gajus unbefangen betrachtet, wird diese Unwahrscheinlichkeit recht einleuchtend; Gajus spricht

[1]) Es ist unbegreiflich, wie Schulting ad Paul. IV. 8. §. 22. behaupten kann, man habe diese Einschränkung machen müssen, um jenen lächerlichen Widerspruch zu entfernen.

[2]) *Kind* l. c. §. 49—54. Einige Hypothesen Anderer finden sich ebendaselbst §. 9. angegeben.

hier (§. 14.) ausführlich von der Beschränkung des Erbrechts auf die Töchter und Schwestern, und es ist undenkbar, daß er dabei verschweigen sollte, diese Beschränkung gehe nur auf kleine Erbschaften, bei den viel wichtigeren großen Erbschaften aber sey den Frauen alles Erbrecht gänzlich entzogen.

Die oben bemerkte Sonderbarkeit wird noch durch folgenden Rechtssatz nicht wenig erhöht. Wenn nämlich der Testator seine Tochter oder Enkelin im Testament präterirte, d. h. weder zur Erbin einsetzte, noch ausdrücklich enterbte, so blieb zwar das Testament gültig, allein die Präterirte nahm entweder ein Kindestheil oder die Hälfte der Erbschaft hinweg, je nachdem die eingesetzten Erben gleichfalls Kinder des Testators, oder fremde Personen waren [1]). Dieses Recht der Tochter und Enkelin nun scheint dem Verbot der Lex Voconia noch weit mehr zu widersprechen, als ein bloßes Intestaterbrecht, da es sogar gegen des Vaters Willen geltend gemacht werden konnte, wenn nur dieser Wille nicht in der gehörigen Form erklärt war. Wollte man nun auch sagen, dieser Rechtssatz sey erst nach der Lex Voconia eingeführt worden (was allerdings möglich ist), so wird dadurch die Schwierigkeit gar nicht entfernt.

[1]) *Gajus* lib. 2. §. 124. *Ulpianus* tit. 22. §. 17.

Denn wenigstens von der Einführung dieses Rechtssatzes an müßte, wie es scheint, das Verbot der Lex Voconia, als damit unvereinbar, aufgehört haben, und doch nennt noch Gajus dieses Verbot als geltendes Recht.

Indessen läßt sich jener Widerspruch sogar auf zwiefache Weise entfernen. Erstens durch folgende Erklärung des Verbots. War nämlich die Tochter Intestaterbin, so stand sie unvermeidlich unter der Tutel ihrer Brüder oder Vettern, und war dadurch ohnehin zum Vortheil der männlichen Verwandtschaft beschränkt genug. War sie dagegen im Testament des Vaters zur Erbin eingesetzt, so konnte ihr zugleich der Vater einen gefälligen Freund zum Vormund ernennen, der ihr völlig freie Hand ließ, weil er bei ihrer Verschwendung nichts zu verlieren hatte. Dadurch ist, wie ich glaube, jener Widerspruch des Gesetzes, bei welchem man versucht seyn konnte, es für ganz gedankenlos zu halten, hinlänglich entfernt. Zwar würde auch nach dieser Voraussetzung der Vater noch mancherlei Mittel gehabt haben, die Absicht des Gesetzes zu umgehen. Aber man darf nicht vergessen, daß das Gesetz im sechsten Jahrhundert der Stadt gegeben war, also zu einer Zeit, worin die Juristen noch nicht, so wie späterhin, die Kunst ausgebildet hatten, beschwerlichen Gesetzen aus dem

Wege zu gehen. Zudem war auch wohl die Absicht des Gesetzes weit mehr und strenger darauf gerichtet, die Erbeinsetzung fremder Frauen, als die der Töchter, zu verhindern, und die Töchter waren vielleicht nur darum mit in das Verbot eingeschlossen, um demselben durch diese Allgemeinheit des Ausdrucks mehr Gewicht zu geben.

Eine zweite Auflösung des Widerspruchs ist diese [1]). Alle Schwierigkeit würde verschwinden, wenn man annehmen dürfte, das Verbot der Erbeinsetzung betreffe nur solche Frauen, welche am Vermögen dieses Testators gerade kein Intestaterbrecht gehabt hätten. Diese Annahme scheint unmöglich wegen der Erwähnung der Tochter. Allein man muß dagegen bedenken, daß im alten Römischen Recht die Töchter sowohl, als die Söhne nicht selten gar kein Erbrecht, oder doch nur ein sehr entferntes hatten. Dieses gilt nämlich, selbst nach der großen Milderung durch das Edict des Prätors, von folgenden Fällen:

a) Wenn die Tochter einem fremden Vater in Adoption gegeben war,

b) wenn sie in der manus ihres Ehemannes stand,

[1]) Ich verdanke dieselbe der Mittheilung von Hugo. Vergl. Hugo's Rechtsgeschichte 7te Ausgabe §. 169. Note 7.

c) von allen Töchtern im Verhältniß zur verstorbenen Mutter.

In allen diesen Fällen nämlich gingen auch die entferntesten Agnaten, ja selbst die Gentilen des Verstorbenen, der Tochter desselben in der Intestaterbfolge vor, und hier war es gar nicht ohne Sinn und Bedeutung, wenn ihm verboten wurde, die Tochter im Testament zur Erbin einzusetzen. Freilich nennen nun Asconius und Augustin die Tochter ganz allgemein und ohne Erwähnung dieser besonderen Fälle; allein beide wollen keine vollständige Theorie aufstellen, sondern nur das Auffallendste aus dem Gesetz herausheben, und dazu paßt die unbestimmte Erwähnung der Tochter recht gut, selbst wenn sie, wie hier angenommen wird, nicht allgemein, sondern nur für einige besondere Fälle als wahr gelten konnte.

Welche dieser beiden Auflösungen des Widerspruchs den Vorzug verdiene, könnte man im Allgemeinen bezweifeln. Die erste schließt sich näher an die Worte des Asconius und des Augustin an, die zweite dagegen empfiehlt sich mehr durch innere Wahrscheinlichkeit und Natürlichkeit. Was aber der zweiten Erklärung ein bedeutendes Uebergewicht giebt, ist das oben (S. 435.) erwähnte Erbrecht der präterirten Töchter und Enkelinnen. Dieses Recht

läßt sich mit dem Verbot der Lex Voconia nur dann vereinigen, wenn man das Verbot nach der zweiten Erklärung nur von solchen Frauen versteht, die in dem gegebenen Fall keinen Anspruch auf Intestaterbfolge hatten. Die Rücksicht auf die gesetzliche Agnatentutel ist hier deswegen nicht ausreichend, weil bei dieser Präterition das Testament, folglich auch die darin enthaltene Tutel, eben so bestehen blieb, wie wenn die Tochter zur Erbin eingesetzt werden durfte, so daß durch das Verbot der Erbeinsetzung der Tochter in der That gar nichts Reelles ausgerichtet wurde.

Paulus erzählt die oben erwähnte Beschränkung des Erbrechts auf Töchter und Schwestern in folgenden Ausdrücken [1]: „Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum". Die Handschriften lesen zum Theil Voconia ratione oder Voconia narratione, offenbar aber ist Voconiana ratione das Richtige, und der Sinn ist dieser: Die Veränderung ist bewirkt worden nicht durch irgend ein Gesetz, sondern durch Gewohnheitsrecht (jure civili), welches gleiche Beweg-

[1]) *Paulus* recept. sent. IV. 8. §. 22. und in Collat. LL. Mos. et Rom. XVI. 3.

gründe und Zwecke mit der Lex Voconia hatte (Voconiana ratione), nämlich den Zweck, dem Reichthum und Luxus der Frauen Schranken zu setzen. Daraus folgt also gar nicht, daß diese Aenderung neuer, als die Lex Voconia und durch sie veranlaßt seyn mußte; sie konnte weit älter seyn, und doch von gleichen Ansichten ausgehen. Verwerflich ist die Conjectur des Cujacius „Voconiana rogatione“; denn wenn Paulus sagen wollte, daß die Lex Voconia selbst diese Aenderung gemacht habe, so war der Ausdruck „jure civili“ ohne Sinn und Zweck, und auch der Ausdruck „videtur effectum“ würde bei einer so historisch bestimmten Thatsache ganz unpassend gewesen seyn.

Dritter Abschnitt. Aufhebung der Lex Voconia

Ueber die späteren Schicksale dieses Gesetzes herrscht so viel Streit, als über den ursprünglichen Inhalt. So z. B. behauptet Perizonius (p. 192. 208.), es sey bald nach seiner Einführung durch das prätorische Edict völlig aufgehoben, und erst durch August theilweise wieder hergestellt worden, Alles ganz ohne Grund, und nur durch Mißverständnisse veranlaßt. Aber selbst alte Zeugnisse scheinen einander über diesen Punct zu widersprechen.

Der jüngere Plinius erwähnt beiläufig das Gesetz als geltend zur Zeit des Trajan [1]). Noch deutlicher sagt Gajus, daß es zu seiner Zeit (unter Marc Aurel) noch gelte [2]). Dagegen sagt zu derselben Zeit Gellius: Quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus .... omnia tamen haec obliterata et operta sunt civitatis opulentia quasi quibusdam fluctibus exaestuantis. Diese widersprechende Zeugnisse sind wohl aus der Lex Papia Poppaea zu erklären. Durch dieses Gesetz waren nämlich in der Regel von der Lex Voconia unabhängig geworden:

1) Frauen mit drei Kindern; denn diese sollten schlechthin erbfähig seyn.

2) Ehelose Frauen; denn diese sollten gar Nichts erben können, nicht einmal, so weit es ihnen die Lex Voconia noch erlaubt hatte.

[1]) *Plinius* paneg. C. 42. „Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Juliae leges; quam majestatis ... crimen ... Hujus tu metum penitus sustulisti". So konnte man von einem abgeschafften Gesetz nicht reden, am wenigsten in Verbindung mit der gewiß noch gültigen Lex Julia. In welchem Sinn übrigens das Gesetz als den Fiscus bereichernd gedacht werden konnte, da eine Strafbestimmung desselben nicht erwähnt wird, scheint unerklärlich. Kind's Emendation aber: nocentium pecuniae für Voconiae (§. 44.) ist auf jeden Fall zu verwerfen.

[2]) *Gajus* lib. 2. §. 274. verglichen mit §. 284.

3) Kinderlose Ehefrauen, die zur einen Hälfte schlechthin fähig, zur andern schlechthin unfähig seyn sollten, also gleichfalls von der Vorschrift der Lex Voconia in Ansehung beider Hälften unabhängig werden mußten.

Dagegen blieben der Lex Voconia ohne Zweifel unterworfen diejenigen Frauen, welche von der Vorschrift der Lex Papia besonders dispensirt waren, z. B. die nächsten Verwandtinnen des Testators, Diejenigen, die wegen ihrer Jugend noch nicht zur Ehe verpflichtet waren u. s. w. Denn zu diesen Allen verhielt sich die Lex Papia auf eine blos negative Weise, und es lag also in ihren Verhältnissen kein Grund, die Anwendung der bis dahin geltenden Gesetze zu beschränken; vielmehr wurden sie in jeder Rücksicht so behandelt, als wäre die Lex Papia gar nicht vorhanden gewesen [1]. Um dieser Fälle willen hatte Gajus recht, das Gesetz als noch geltend anzuführen, so wie sich die Behauptung des Gellius daraus erklärt, daß die Anwendung des Gesetzes so sehr beschränkt worden war. Völlig aufhören mußte demnach die Lex Voconia, als unter den christlichen Kaisern das jus liberorum und mit diesem die vollständige Erbfähigkeit allen Frauen überhaupt mitge-

[1]) *Kind* l. c. §. 61.

theilt wurde. Es ist aber sehr wahrscheinlich, daß es damals dieser Aufhebung in der That nicht mehr bedurfte, daß vielmehr die Gültigkeit des Gesetzes schon viel früher, bei irgend einer mit dem Census vorgenommenen Veränderung, aufgehört hat [1]).

Dieses alles betrifft indessen nur den Theil des Gesetzes, welcher von der Erbeinsetzung der Frauen handelte; die Beschränkung der Legate dagegen hörte schon seit der Lex Falcidia auf, die als ein weit sichereres Mittel zu demselben Zweck betrachtet werden mußte. So hat man die Sache von jeher angesehen, und sowohl der widersprechende Inhalt beider Gesetze, als die Zusammenstellung bei Gajus [2]), lassen an der Richtigkeit dieser Ansicht keinen Zweifel. Kind indessen, welcher auch diesen Theil der Lex Voconia irrig auf die Frauen beschränkt, glaubt, daß er für diese auch nach der Lex Falcidia fortgedauert habe [3]).

[1]) *Kind* l. c. §. 64. schreibt die Aufhebung des Gesetzes der angeblichen Bestimmung des Tiberius zu, wodurch das Recht der Volksversammlungen dem Senat übertragen worden seyn soll; dadurch sey zugleich der Census des Servius, und mit diesem die Lex Voconia untergegangen. Allein über jene neue Bestimmung des Tiberius sind richtigere Ansichten längst allgemein herrschend geworden.

[2]) *Gajus* Lib. 2. §. 224—227.

[3]) *Kind* l. c. §. 61.

[Zusatz zu der vorstehenden Abhandlung. 1849.] In der langen Zwischenzeit zwischen beiden Ausgaben ist zuerst ein wichtiges Quellenstück neu entdeckt worden, dann haben sich viele Schriftsteller mit demselben Gegenstand beschäftigt.

Die neue Quelle ist eine, leider sehr lückenhafte, Stelle von Cicero, de re publica Lib. 3. C. 10. Darin wird das Gesetz des Voconius, als hart und unbillig, streng getadelt. Drei Sätze sind in dieser Stelle bemerkenswerth:

1. Der Ausdruck: de mulierum „*legatis* et hereditatibus . . . nondum voconia lege lata“. Darin liegt eine Bestätigung des von mir oben (S. 429.) verworfenen Zeugnisses des Quinctilian, daß jenes Gesetz auch über die Legate an Frauen eine besondere Bestimmung enthielt, unabhängig von der allgemeinen Beschränkung aller Legate überhaupt. Diese besondere Bestimmung werden wir nun, übereinstimmend mit Quinctilian, darin anzuerkennen haben, daß Frauen in Testamenten als Legat niemals mehr, als die Hälfte des Vermögens, erhalten sollten.

2. „cur virgini vestali sit heres, non matri suae?“ Die Vestalinnen also, die ohnehin das Privilegium hatten, Testamente zu machen, unabhängig von den Beschränkungen anderer Frauen (Gellius I.

12.), sollten auch den Vorzug haben, Frauen zu Erbinnen einsetzen zu können.

2. „Cur . . . P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens, salva lege, mea triciens non posset". Hiernach scheint es auf den ersten Blick, als wäre der Vater, seiner einzigen Tochter gegenüber, von dem Verbot des Gesetzes ausgenommen gewesen. Da aber Dieses durch das oben (S. 433.) angeführte Zeugniß des Augustinus geradezu widerlegt wird, so müssen jene Worte nicht auf ein Testament, sondern auf die Intestaterbfolge bezogen werden. Der hier redende Philus will also sagen: Die Tochter des reichen Crassus, wenn sie das einzige Kind ist, kann von ihrem Vater sein ganzes ungeheures Vermögen von Hundert Millionen Sestertien erhalten (indem er sie als Intestaterbin hinterläßt), anstatt daß ich meiner Tochter, weil ich mehrere Kinder habe, von einem so viel kleineren Vermögen nicht durch Erbeinsetzung etwas mehr zuwenden darf, als die Intestatportion betragen würde.

Unter den neueren Schriftstellern ist besonders auszuzeichnen Hasse zur Lex Voconia (Rheinisches Museum für Jurispr. Dritter Jahrgang 1829. S. 182—214.). Er hat mit großer Umsicht und Genauigkeit alle verschiedenen Erfolge und scheinbaren

oder wirklichen Inconsequenzen des Gesetzes zusammengestellt, und ist zu folgendem, sehr annehmbaren Resultat gekommen. Voconius wollte die Bereicherung der Frauen durch Erbschaften beschränken, wollte aber oder mußte, um irgend Etwas durchzusetzen, ein gewisses Maaß halten. Diesen Zweck hat er ohne Zweifel erreicht, besonders, wenn man die große Neigung der Römer zu Testamenten erwägt. Es erklärt sich namentlich hieraus der auffallendste Umstand, daß der Vater seiner Tochter nicht den geringsten Erbtheil durch Testament zuwenden konnte, während er nicht gehindert war, ihr sein ganzes Vermögen ab intestato zu hinterlassen. Das ganze Gesetz also ist gewissermaßen als eine Transaction anzusehen zwischen entgegengesetzten Zwecken und Neigungen.

Berlin, gedruckt in der Deckerschen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei.

27





